Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XVII.

Zur Lehre von der lex commissoria beim Kauf.

Von Herrn Dr. **Hugo Burckhard**,
Professor in Jena.

(Fortsetzung und Schluß des Aufsatzes Nr. XII. im vorigen Hefte.)

V.

Nach Erörterung dieser allgemeinen Fragen, die sich auf den Begriff und die Voraussetzungen der lex commissoria beziehen und zu deren Beantwortung unser concreter Fall nur die Veranlassung bot, haben wir uns nunmehr zu der Hauptfrage zu wenden, die den Inhalt des Rechtsstreits und das Thema der richterlichen Entscheidungen bildet und die eine praktisch so wichtige ist, daß ihre eingehendere Besprechung keiner besondern Rechtfertigung bedarf, zu der Frage: verliert der einen Theil des Kaufgelds zahlende Käufer diesen Theil, wenn der Verkäufer infolge der nicht vollständigen Zahlung den Vertrag für aufgehoben erklärt?

Man sollte kaum glauben, daß die Ansicht, die diese Frage ohne weitere Unterscheidung bejaht, unter ihren Anhängern so viele bedeutende Namen zählt. So sagt Puchta[14]) ganz bestimmt: „— der Säumige verliert seine Ansprüche aus dem Geschäft und muß restituiren, was er erhalten, ohne das zurückzubekommen, was er schon gegeben hat; verliert er dadurch einen Theil seiner Leistung, den er schon gegeben hatte, so kann er bei der Restitution des Empfangenen die gezogenen Früchte

14) Pand. §. 263.

zurückbehalten." In ähnlicher Weise sprechen sich Sintenis[15]), Arndts[16]), Treitschke[17]) aus; von den Praktikern sind zu nennen Lauterbach[18]) und Leyser[19]). Windscheid[20]) hält den Satz für nicht unzweifelhaft, nimmt ihn aber doch an. Die Erklärung dafür, daß ein zu so ungeheuerlichen Consequenzen führender Satz von so bedeutenden Schriftstellern aufgestellt und vertheidigt wird, kann nur darin gefunden werden, daß eine oder zwei Stellen der Pandecten dafür zu sprechen scheinen. Auch das zweitinstanzliche Gericht hat sich für die entgegengesetzte Ansicht, indem es die betreffenden Stellen allerdings für höchst zweifelhaft, d. h. als mehr für die verworfene Ansicht sprechend, bezeichnet, lediglich auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze und auf den heutigen Gerichtsgebrauch bezogen. Meiner Ueberzeugung nach ist aber auch aus den angeführten Stellen die obige Behauptung nicht zu begründen. Ehe auf diese Stellen näher eingegangen und eine Widerlegung dessen, daß sie jene Ansicht enthalten, aus ihnen selbst versucht werden kann, ist es erforderlich, die Wirkung der Ausübung des durch die lex commissoria eingeräumten Rechts im Allgemeinen zu betrachten; denn wenn sich nach allgemeinen Grundsätzen ein von jenem Satz abweichendes Resultat ergibt und das Gegentheil lediglich auf diese Quellenzeugnisse gestützt zu werden vermag, so müssen wir schon mit einem gewissen Bedenken an diese Stellen herantreten, und die Interpretation, die aus ihnen einen andern Sinn zu entwickeln sucht, hat an sich ihre Berechtigung.

Ich betrachte es nach den obigen Ausführungen als feststehend, daß die lex commissoria eine Resolutivbedingung enthält; jedenfalls liegt in unserm concreten Falle, sowie in allen Quellenbeispielen eine solche vor, und das allein ist, da die betreffenden Stellen gerade für einen solchen Fall den Verlust des theilweis gezahlten Kaufgelds aussprechen sollen, schon ge-

15) A. a. O. Anm. 31.
16) Pand. §. 249.
17) A. a. O. S. 181.
18) Colleg. theor.-pract. h. t. §. 14.
19) Medit. ad pand. Vol. III. spec. 197.
20) Pand. §. 323. Anm. 12.

nügend, um von dieser Voraussetzung auszugehn. Uebrigens würde es für die wichtigeren Fragen, die hier zur Sprache kommen werden, keinen Unterschied machen, wenn man auch eine Suspensivbedingung, dieselbe als möglich überhaupt vorausgesetzt, annehmen wollte, denn die Wirkungen der Deficienz einer Suspensivbedingung sind im Wesentlichen denen der Existenz einer Resolutivbedingung gleich, wenn man nur letzternfalls, wie man meist gewiß berechtigt ist, eine sogen. resolutio ex tunc annimmt. Wenn wir also von dem Kaufabschluß unter einer Resolutivbedingung ausgehn, so sind zunächst die beiden möglichen Fälle, die in Betracht kommen, folgende:

Es bleibt beim bloßen Abschluß der Obligation, es ist res adhuc integra, eine Leistung ist von keiner Seite erfolgt. Hier tritt existente conditione einfach Auflösung des obligatorischen Verhältnisses ein, der Käufer verliert nur das durch den Vertrag ihm eingeräumte Recht, die Uebergabe der Sache zu verlangen, ein anderer Nachtheil trifft ihn nicht, der Verkäufer hat natürlich jetzt keinen Anspruch mehr auf das Kaufgeld. Allerdings hat der Käufer, so lange der Andere von seinem Recht der Auflösung keinen Gebrauch machte, das periculum interitus zu tragen, da ja der Vertrag vollkommen perfect war, während das bei einer Suspensivbedingung anders sein würde, bei der erfolgten Aufhebung geht aber natürlich das periculum wieder auf den Verkäufer über, eine freilich wohl nur theoretische Construction, da, wenn die Sache wirklich untergegangen oder auch nur verschlechtert ist, der Verkäufer, um diesen Schaden nicht zu tragen, das obligatorische Verhältniß vielmehr bestehen lassen und das Kaufgeld fordern wird.

Die andere Möglichkeit ist die, daß res nicht mehr integra ist.

Zunächst auf Seiten des Verkäufers. Der Verkäufer hat seine Verbindlichkeit erfüllt, sei es daß er sofort beim Abschluß des Contracts die Sache übergeben hat, oder daß später vor vollständiger Leistung des Käufers die Tradition erfolgt ist. Ist das Erstere der Fall, wie dies in den Quellen regelmäßig vorausgesetzt wird, dann tritt der obligatorische Character mehr in den Hintergrund, es ist eine resolutivbedingte Sachüber-

tragung. Liegt der andere Fall vor, daß der Vertrag zunächst rein obligatorisch gehalten ist und dann nach einiger Zeit erst der Verkäufer die Sache übergibt, so kann darin nicht etwa ein Verzicht auf die dem blos obligatorischen Geschäft zugefügte Bedingung gefunden werden; man kann nicht argumentiren: Verkäufer hat sich obligirt rem tradere ita ut emtori habere liceat, unter der Resolutivbedingung, daß diese Verpflichtung zur Tradition wegfällt, wenn nicht innerhalb bestimmter Zeit das Kaufgeld gezahlt wird; nun tradirt er später doch ohne Rücksicht auf die Bedingung, ohne daß Käufer gezahlt hat, also hat er auf die Bedingung verzichtet. Die Bedingung ist vielmehr dem ganzen Entäußerungsvertrag zugefügt, und die infolge desselben vorgenommene Tradition versteht sich unter derselben Bedingung; in der Tradition vor der Erfüllung Seitens des Käufers liegt höchstens ein Verzicht auf das Recht, fordern zu dürfen, daß der Käufer mit seiner Leistung vorangehe. — Die Tradition des Kaufobjects Seitens des Verkäufers, erfolge sie nun sofort oder später, kann aber einen doppelten Sinn haben. Es ist möglich, daß dem Käufer bis zu dem Zeitpunkt, wo er das Kaufgeld zahlt, blos die precaria possessio eingeräumt sein soll; dies wird, wenn es dessen bedürfte, bestätigt durch l. 3. C. de pactis inter emtorem 4. 54., in welcher Stelle bei Erörterung der Frage, ob der Verkäufer, der sich blos obligatorisch Rückgabe der dem Käufer tradirten Sache ausbedungen hat, die rei vindicatio habe, entschieden wird, daß ihm diese Klage nicht zustehe, si non precariam possessionem tradidit. Ob nun die Hingabe diesen Sinn gehabt hat, ist quaestio facti. Ohne besondere Verabredung oder sonstige auf diese Absicht hinweisende Umstände muß aber angenommen werden, daß, wenn Verkäufer das Kaufobject tradirt, ohne eine Beschränkung zuzufügen, dies zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten aus dem Kauf geschieht, daß also Käufer nicht precario, sondern jure emtoris die Sache erhalten hat und dadurch Eigenthümer geworden ist. Dieser Fall wird auch, wie bereits mehrfach erwähnt, in den Quellen stets als der gewöhnliche vorausgesetzt, wie sich dies aus der Entscheidung über die Früchte (emtorem fructus interim suo iure percipere) und aus

der Erörterung der Frage, welche Klage dem Verkäufer bei Auflösung des Verhältnisses zustehe, zur Genüge ergiebt. Es ließe sich allerdings ein Bedenken dagegen, daß bei einem sub lege commissoria geschlossenen Kaufvertrag das Eigenthum auf den Käufer übergehe, geltend machen. Man könnte nämlich die Frage aufwerfen, ob nicht dieser Uebergang von der conditio iuris abhängig sei, daß der Kaufpreis gezahlt oder ein Creditvertrag geschlossen werde. Die Frage ist an sich gewiß zu bejahen, aber in der lex commissoria, die — wie dies oben als nothwendig nachgewiesen worden ist — eine bestimmte Frist festsetzt, innerhalb welcher die Zahlung bei Vermeidung des Verfalls zu erfolgen hat, liegt der erforderliche Creditvertrag, der das Eigenthum sofort übergehn läßt. Es ist das allerdings nicht unbestritten. So führt Meier Colleg. Argent. ad h. t. §. 3., während er selbst anderer Ansicht ist, Solche an, qui asserunt, eum qui rem suam sub lege commissoria venditam tradit, non habere fidem de pretio et ideo dominii translationem cessare. Die Ansicht ist aber entschieden zu verwerfen. Die Bedingung „wenn du nicht bis zum 1. Januar zahlst, gilt das Geschäft für nicht geschlossen" löst sich so auf: bis zum 1. Januar mußt du zahlen, widrigenfalls u. s. w. Das bis zu einer bestimmten Zeit zahlen müssen heißt aber doch nichts anderes als vorher nicht zu zahlen brauchen. Wenn der Verkäufer schon vorher Zahlung hätte haben wollen, dann hätte er einen frühern Termin gestellt, da es regelmäßig in seiner Willkür steht, wann er bezahlt sein will; wenn er also selbst einen spätern Termin für die Zahlung setzt, dann gibt er eben bis dahin Credit. Und stände es nicht in seiner Willkür, müßte er etwa nothgedrungen verkaufen und der Käufer bedänge sich den Zahlungstermin aus, dann wäre es noch unzweifelhafter. Wäre einfach, ohne die Nebenverabredung der lex commissoria, ausgemacht worden, die Zahlung des Kaufgelds müsse bis zum 1. Januar erfolgen, so wird Niemand Bedenken tragen, darin einen Creditvertrag zu erblicken; die Verschärfung durch den Zusatz „widrigenfalls der Kauf für nicht geschlossen gilt" kann daran nichts ändern, nur die Wirkung der Nichtzahlung an dem bestimmten Tag ist dann eine stärkere.

indem der Verkäufer nicht blos wie dort die Möglichkeit hat, das Kaufgeld jetzt zu fordern, sondern vom Vertrag zurückzutreten berechtigt ist; bis zu diesem Zeitpunkt aber stehen sich die beiden Fälle ganz gleich. So sehen es in der That auch die Römer an. Ein Beweis dafür ist der bereits angeführte in l. 5. h. t. enthaltene Satz, daß der Käufer in einem solchen Fall, wo er das Kaufgeld noch nicht entrichtet hat, in der Zwischenzeit kraft eigenen Rechts d. h. also als Eigenthümer die Früchte zieht. Und die Ansicht des Sabinus, daß die Usucapion, die ohne Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises nicht zulässig ist, bei dem unter einer lex commissoria abgeschlossenen Kauf nicht stattfinden solle nisi persoluta pecunia, ist in l. 2. §. 3. pro emt. 41. 4. verworfen. Endlich wird in der oben citirten l. 3. C. de pactis inter emt.[21]) dem sub lege commissoria Verkaufenden existente conditione, also wenn Käufer zu dem bestimmten Termin nicht gezahlt hat, die Eigenthumsklage abgesprochen, wenn er nicht etwa blos precaria possessio übertragen habe, also muß Käufer trotz nicht gezahlten Kaufgelds Eigenthümer geworden sein. Die Möglichkeit des Eigenthumsübergangs unterliegt hiernach keinem Zweifel.

Wir haben bisher nur den Fall betrachtet, wenn von Seiten desjenigen, zu dessen Gunsten die lex commissoria zugefügt worden, also hier speciell des Verkäufers, die Leistung bereits erfolgt war. Der Fall, daß von Seiten des Käufers res nicht mehr integra ist, kann nur insofern in Betracht kommen, als es sich um eine blos theilweise Leistung handelt, denn wenn er seiner Verbindlichkeit vollständig nachgekommen ist, so ist die Bedingung des Nebenvertrags deficirt und das Geschäft definitiv und unwiderruflich giltig. Von diesem Falle der blos theilweisen Leistung des Käufers, der in unserer obigen Streitfrage vorausgesetzt wird, werden wir später ausführlich zu reden haben.

Es entsteht nun zunächst die allgemeine Frage: wenn von Seiten des Verkäufers res nicht mehr integra ist und derselbe, wie das die Regel ist, durch seine Leistung das Eigenthum über-

21) Vgl. die folgende Anmerkung.

tragen hat, welches sind die Wirkungen des Eintritts der in der lex commissoria enthaltenen Resolutivbedingung? Dabei ist vor Allem eine doppelte Möglichkeit in's Auge zu fassen.

Es ist möglich, daß die Uebertragung des Eigenthums selbst unbedingt und unbeschränkt beabsichtigt ist, und daß der Käufer und jetzige Eigenthümer nur obligatorisch zur Rückübertragung des Eigenthums an den Verkäufer verpflichtet sein soll unter der Bedingung, daß er den Kaufpreis nicht zur bestimmten Zeit zahle, welchenfalls nicht eigentlich die Eigenthumsübertragung bezüglich das Veräußerungsgeschäft resolutiv bedingt, sondern vielmehr die Obligation zur Rückübertragung suspensiv bedingt ist. Daß dieser Fall wesentlich von dem früher — als unmöglich verworfenen — Kauf unter der Suspensivbedingung „wenn das Kaufgeld bezahlt ist" verschieden ist, braucht nicht besonders ausgeführt zu werden. Ist der Vertrag in dieser Weise abgeschlossen, so entsteht für den Verkäufer im Nichtzahlungsfall die Forderung auf Rückübertragung der Sache, er wird aber nicht ipso iure wieder Eigenthümer.[22]) — Möglich ist es aber auch, daß die Eigenthumsübertragung selbst eine dinglich beschränkte ist, daß also das unter der Resolutivbedingung der Nichtzahlung übertragene Eigenthum ipso iure aufhört und ohne Retradition auf den Verkäufer wieder übergeht. Die Ansicht Rieſſer's[23]), der das letztere leugnet und stets nur eine obligatorische Verpflichtung begründet sein lassen will, ist von anderer Seite zur Genüge als unrichtig nachgewiesen worden.[24]) Ob das Eine oder das Andere beabsichtigt gewesen ist, ist quaestio facti, wobei natürlich vor Allem die Ausdrücke der Parteien berücksichtigt werden müssen (wie man es früher ausdrückte: ob verba directa oder obliqua gebraucht sind). Im Zweifel muß man aber gewiß annehmen, der Verkäufer wolle

22) Einen solchen Fall haben wir in l. 3. C. de pact. inter emtor. 4. 54: Qui ea lege praedium vendidit: ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.

23) Zeitschr. f. Civilrecht u. Proc. Bd. II. S. 1. ff.

24) Vgl. Bangerow Lehrb. der Pand. I. §. 96. Anm.

nicht sein Recht so aus der Hand geben, daß der Käufer in der Zwischenzeit alle möglichen dinglichen Rechte auf die Sache legen, ja dieselbe veräußern könne, ohne daß der Verkäufer ein anderes Mittel als die obligatorische Klage gegen den Käufer auf Entschädigung hätte. Gerade bei der dem Verkauf zugefügten lex commissoria lauten aber die Ausdrücke der Contrahenten in den Quellenbeispielen so, daß eine dingliche Beschränkung durch die Resolutivbedingung und eine Auflösung des übertragenen Eigenthums ipso iure gar nicht zweifelhaft sein kann. Die Formel „ut res inemta sit nisi etc." weist mit Bestimmtheit darauf hin: die Sache soll für nicht verkauft, das Eigenthum als nicht übertragen gelten. Einen speciellen Beweis enthält auch l. ult. h. t., wo die Frage aufgeworfen wird, an fundi non sint in ea causa, ut a venditore vindicari debeant ex conventione venditoris und diese Frage nur deßhalb verneint wird, weil die Bedingung der lex commissoria als nicht eingetreten zu betrachten ist; ebenso die l. 4. C. de pactis inter emt., wo es heißt, der Verkäufer habe auf die Ausübung des durch die lex commissoria ihm eingeräumten Rechts verzichtet, da er non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit. Das wird denn auch fast allgemein als richtig anerkannt.[25]) Fraglich ist nun nur, ob diese dingliche Auflösung eine sogen. resolutio ex nunc oder ex tunc ist, ob also die Wirkung der existens conditio, die Auflösung, erst von dem Zeitpunkt ihrer Existenz datirt, oder ob das Geschäft mit allen Consequenzen rückwärts als aufgehoben gilt, so daß es so angesehen wird, als wäre der Käufer keinen Augenblick Eigenthümer gewesen. Wenn auch die beiden Fälle darin gleich sind, daß die vom Zwischeneigenthümer einem Dritten etwa eingeräumten Rechte keinen Bestand mehr haben, hier wegen der rückwärts erfolgenden Auflösung, dort infolge des Satzes resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum bezüglich nemo plus iuris

25) Die Art, wie Treitschke a. a. O. S. 180 die Beweiskraft der l. ult. D. u. l. 4. C. citt. beseitigen will — man müsse annehmen, die Worte vindicare und vindicatio seien uneigentlich gebraucht für repetere und repetitio — dürfte wenig Anhänger finden.

transferre potest quam ipse habet, so besteht doch, abgesehen von Anderem, insofern noch eine wichtige Verschiedenheit, als bei der bloßen resolutio ex nunc dem Käufer die Früchte der Zwischenzeit, Accessionen, durch Handlungen Dritter gegenüber der Sache erworbene Klagen verbleiben würden. Es mag zugegeben werden, daß diese schwächere Wirkung des Eintritts der Resolutivbedingung durch besondere Verabredung ausgemacht oder auch bei gewissen Geschäften — wie z. B. Vermiethung eines Hauses auf mehrere Jahre mit der clausula cassatoria, daß der Vertrag für aufgehoben gelte, wenn der Miethzins nicht zu den bestimmten Terminen bezahlt werde — sich aus deren Character als beabsichtigt ergeben kann, indem dann in einer solchen Resolutivbedingung immer zugleich eine Zeitbestimmung, ein dies ad quem, enthalten ist; abgesehen davon aber muß angenommen werden, daß existente conditione die eingetretene rechtliche Wirkung rückwärts wieder aufgelöst und somit als nie eingetreten angesehn werden solle. Wir brauchen auf die schwierige und bestrittene Frage, ob diese resolutio ex tunc eine dingliche oder eine blos obligatorische sei, hier nicht weiter einzugehen; für unsere specielle Erörterung, ob für den Käufer der Verlust des theilweis bezahlten Kaufgelds eintrete, ist das Resultat, wie wir sehen werden, in beiden Fällen das gleiche.

Der Fall, mit dem wir uns zu beschäftigen haben, ist nun der. Infolge eines sub lege commissoria abgeschlossenen Vertrags hat der Käufer einen Theil des Kaufgelds bezahlt, sei es daß der Verkäufer bereits tradirt hat oder nicht; darauf erklärt der Verkäufer nach Ablauf des für die Zahlung gesetzten Termins kraft seines Rechts das Geschäft für aufgelöst. Für diesen Fall wird behauptet, der Käufer sei des bereits Bezahlten verlustig. Ich halte diese Behauptung, wie schon oben erwähnt, für unrichtig.

Daß diese Ansicht eine große Härte und Unbilligkeit gegen den Käufer enthält, werden Wenige leugnen. Man denke sich, Jemand kauft ein Gut für 100,000 Thlr., der Kaufpreis soll unter der Bedingung des Verfalls binnen einem halben Jahr bezahlt werden; es werden im Lauf des halben Jahres 80,000

Thlr. abbezahlt, die letzten 20,000 Thlr. ist der Käufer trotz aller Bemühungen bis zu dem festgesetzten Termin zu beschaffen nicht im Stande, der Verkäufer macht von seinem Recht Gebrauch, er erhält sein Gut wieder, bezüglich braucht es nicht zu übergeben und streicht außerdem seine 80,000 Thlr. ein! Es würde also der gewissenhafte Schuldner, der, um seine Verpflichtungen zu erfüllen, so viel als möglich zahlt und nur einen kleinen Rest läßt, den er auch noch vor Ablauf der Zeit abtragen zu können glaubt, und der daran vielleicht durch Unglücksfälle, die ihm doch keinen Anspruch auf in integrum restitutio geben, gehindert wird — ein solcher Schuldner würde schlechter gestellt sein als derjenige, der säumig gar nicht zahlt.[26]) Oder wenn die lex commissoria zu Gunsten des Käufers zugefügt ist, und der Verkäufer ist von den verkauften 300 Scheffel Roggen bis zum dies committendi nur 250 zu liefern im Stande: da soll der den Vertrag auflösende Käufer die 250 Scheffel ohne jedes Aequivaleut behalten dürfen? Oder wenn der Verkäufer nach Aufhebung des Vertrags die Sache weiter verkauft und sich nun — wie dies als häufige Verabredung in l. 4. §. 3. h. t. erwähnt wird — wegen des Mindererlöses an den ersten Käufer halten kann, so zahlt der säumige Käufer eben nur diesen Mindererlös, derjenige aber, der vielleicht fast vollständig seine Verbindlichkeit erfüllt hatte, zahlt diesen Mindererlös auch und verliert außerdem noch das bereits Gezahlte? Denn so wenig er dies zurückfordern kann, so wenig darf er das jetzt anrechnen. Dennoch meint Wesembeck ad h. t., der Verlust des Kaufgelds sei keine Unbilligkeit und zwar deßhalb, weil in diesem Fall der Käufer die Früchte behalte. Der Grund hat kaum den Schein eines Grundes für sich: denn einmal ist es gar nicht nothwendig, daß der Verkäufer seinerseits bereits etwas geleistet hat, wie denn auch in unserm concreten Fall das Haus noch nicht tradirt war; sodann trägt ja nicht jede Sache Früchte, und endlich, wenn sie Früchte trägt, kann zwischen dem Gewinn der Früchte und dem Verlust des Gezahlten

26) S. dieselbe Argumentation bei Pufendorf Observ. I. 59. und Voet Comm. h. t. §. 3.

ein so gewaltiges Mißverhältniß sein, daß durch den Bezug der wenigen Früchte die Unbilligkeit nicht aufgehoben wird.

Aber freilich, gegen positive Rechtssätze kann die Unbilligkeit und Härte derselben nicht in's Feld geführt werden. Wir könnten nur dem Gesetzgeber, der einen solchen Satz aufstellte, oder dem Rechte, welches allgemeine Principien der Art enthielte, daß von der Jurisprudenz ein solcher Satz daraus entwickelt werden könnte, einen begründeten Vorwurf machen. Ergibt sich denn aber nun aus den im römischen Recht anerkannten allgemeinen Principien eine solche Folgerung wie der Verlust des gezahlten Kaufgeldtheils? Die Frage ist unbedenklich zu verneinen. Wir haben keinen einzigen allgemeinen Grundsatz, der dafür, wohl aber allgemeine Grundsätze, die dagegen sprechen.

Wenn ein Kauf unter einer andern Resolutivbedingung geschlossen wird, z. B. nisi navis ex Asia venerit, und die Bedingung existirt, so ist es nach dem Grundsatz der resolutio ex tunc, als wäre das Geschäft nicht abgeschlossen, und ist schon erfüllt worden, so muß der frühere Zustand wieder hergestellt werden, natürlich von beiden Seiten. Daß der Eintritt der Bedingung vom Verkäufer abhängt, z. B. nisi displicuerit venditori, ändert daran selbstverständlich nichts, ebenso wenn er vom Käufer abhängt, z. B. nisi emtor in Capitolium ascenderit. Warum soll das an sich, abgesehen von positiver Bestimmung, bei der lex commissoria anders sein? So wenig wie der Verkäufer, wenn von beiden Seiten res adhuc integra ist, zugleich das Recht auf Aufhebung des Vertrags und daneben noch das Recht auf den Kaufpreis zu klagen hat, so wenig kann er, wenn schon geleistet ist, allein seine Leistung zurückfordern, die Leistung des Käufers aber zurückhalten wollen. Und zwar macht es hierfür keinen Unterschied, ob man eine dingliche Wirksamkeit der resolutio für die Vergangenheit annimmt, oder ob man blos für die Zukunft das Verhältniß ipso iure aufhören, für die Vergangenheit aber nur die obligatorische Verpflichtung entstehn läßt, daß Alles wieder in den frühern Zustand versetzt werde; in beiden Fällen erstreckt sich die Auflösung des eingegangenen Verhältnisses und die Wiederherstel-

lung des status quo ante nach beiden Seiten hin. Wenn Windscheid[27]) in der letztgedachten Weise hinsichtlich der Wirkung der Resolutivbedingung unterscheidet und sagt „es entsteht nur für denjenigen, zu dessen Gunsten die durch den Vertrag erzeugte Wirkung eingetreten ist, die obligatorische Verpflichtung, sie auch für die Vergangenheit rückgängig zu machen", so heißt das doch nicht blos: der Käufer, zu dessen Gunsten die durch den Vertrag erzeugte Wirkung, nämlich die Tradition bezüglich der Eigenthumsübergang, eingetreten ist, muß alle Vortheile, die er infolge dieser Wirkung gehabt hat, herausgeben, sondern auch: Der Verkäufer, zu dessen Gunsten die Wirkung eingetreten ist, d. h. der das Kaufgeld oder einen Theil desselben erhalten hat, muß diesen dem Käufer restituiren. Wenn in l. 4. pr. h. t. gesagt ist: finita est emtio, so bedeutet das, wie es auch in l. 6. §. 1. de contr. emt. 18. 1. erläutert wird, natürlich nur, daß die Auflösung vom Verkäufer abhängt, nicht aber, daß, wenn einmal aufgelöst ist, diese Auflösung eine einseitige sei und nur dem Verkäufer zu gute komme, der Käufer aber gebunden bleibe. Es ist das eine so einfache Wahrheit, eine aus dem Character der gegenseitigen Verträge mit solcher Nothwendigkeit folgende Consequenz, daß sie kaum einer besondern Ausführung bedarf. Dieselbe Consequenz zeigt sich bei den sogen. negotia claudicantia: erklärt sich der Nichtgebundene für das Bestehnbleiben des Vertrags, so muß er sich auch die Consequenz aus der gegenseitigen Natur des Vertrags gefallen lassen, daß er seinerseits erfüllen muß, um die Leistung von dem Andern zu erhalten; will er nicht gebunden sein und den Vertrag als ungiltig behandeln, dann darf er auch nicht auf Erfüllung des Vertrags klagen, bezüglich muß, wenn der Andere bereits mit seiner Leistung vorgegangen war, das Geleistete restituiren. So wird, wenn es infolge eines ädilitischen Mangels zu einem iudicium redhibitorium kommt, Alles so restituirt, perinde ac si neque emtio neque venditio intercessisset, es wird noch ausdrücklich hervorgehoben, utrumque, id est, venditorem et emtorem, quo-

27) A. a. O. Anm. 6.

dam modo in integrum restitui debere[28]); und dieser Fall einer redhibitio wird von den römischen Juristen selbst in Bezug auf die Wirkungen, die die Auflösung des Vertrags im Gefolge hat, wenigstens in Bezug auf die Wirkung der accessio possessionis, nicht nur mit der Auflösung infolge einer Resolutivbedingung überhaupt, sondern auch speciell mit der Auflösung infolge einer lex commissoria verglichen.[29]) Auch die Analogie der Aufhebung einer Obligation durch contrarius consensus läßt sich herbeiziehn, indem in der lex commissoria gewissermaßen ein zum Voraus erklärter contrarius consensus liegt: der Wille des Verkäufers liegt vor — sonst ist ja überhaupt von der Auflösung keine Rede —, ebenso der Wille des Käufers, nur daß dieser sich jetzt nicht auszusprechen, überhaupt gar nicht vorhanden zu sein braucht, da er sich zum Voraus für diesen Fall gebunden hat. Die Aehnlichkeit ist unverkennbar, wenn res adhuc integra ist, und darauf würde es allerdings streng genommen nach römischem Recht allein passen. Die Gründe aber, die im römischen Recht die Aufhebung der Obligation durch contrarius consensus re iam secuta ausschlossen, fallen heutzutag bei der Klagbarkeit eines jeden formlosen Vertrags weg; es läßt sich dasselbe Ziel, Aufhebung des Vertrags, durch contrarius consensus auch dann erreichen, wenn schon von beiden Seiten die Leistung erfolgt ist, nur daß dann der Vertrag nicht mehr blos liberatorisch, sondern zugleich obligatorisch, auf Restitution des Geleisteten gerichtet ist. Dann aber werden natürlich auch alle Wirkungen des frühern Vertrags, soweit sie sich überhaupt ungeschehn machen lassen, rückgängig gemacht, behalten darf dann Keiner von Beiden etwas. Und

28) L. 60. de aed. ed. 21. 1. l. 23. §. 7. eod.

29) L. 19. de U. et U. 41. 3. Si hominem emisti, ut si aliqua conditio exstitisset, inemtus fieret, et is tibi traditus est, et postea conditio emtionem resolvit, tempus, quod apud emtorem fuit, accedere venditori debere existimo, quoniam eo genere retroacta venditio esset redhibitioni similis. — L. 6. §. 1. de div. temp. praescr. 44. 3. Vendidi tibi servum et convenit, ut nisi certa die pecunia soluta esset, inemtus esset. Quod cum evenerit, quaesitum est, quid de accessione tui temporis putarem? Respondi: id servari quod servetur, cum redhibitio sit facta.

wie ist es endlich bei dem verwandten Nebenvertrag der addictio in diem? Hier haben wir eine Stelle, aus der sich ergiebt, daß der Käufer meliore conditione allata das dem Verkäufer gezahlte Kaufgeld zurückfordern kann, die l. ult. de in diem add.[30]). Aber auch ohne diese Stelle würde Niemand an dem Rückforderungsrecht des Käufers zweifeln, weil eben das Gegentheil allgemeinen Grundsätzen widersprechen würde. Warum soll es nun bei der lex commissoria anders sein, die doch mit all den angeführten Fällen darin übereinstimmt, daß dadurch eine Auflösung des eine Zeit lang bestehenden Verhältnisses herbeigeführt wird? Man könnte sich darauf berufen wollen, daß hier die Bedingung eine andere sei als in den übrigen Fällen, nämlich die Nichterfüllung einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit. Kann aber dieser Unterschied allein eine solche Singularität, eine solche Abweichung von sonst allgemein geltenden Grundsätzen begründen? An sich gewiß nicht. Warum soll den Käufer außer dem Nachtheil, der ihm aus der Auflösung des Vertrags erwächst, noch eine so draconische Strafe treffen, die nicht blos in ihren Wirkungen, sondern auch in ihren Voraussetzungen härter wäre, als sonst die Nachtheile der Mora? Härter in ihren Wirkungen — denn wenn es sonst infolge der rechtswidrigen Verzögerung der Leistung zur Auflösung der Obligation kommt, weil für den andern Contrahenten die spätere Erfüllung ohne alles Interesse ist, so erhält der säumige Schuldner das theilweis Gezahlte zurück; und zwischen diesem Fall und dem der lex commissoria ist sonst, wenn einmal beide begründet sind, kein Unterschied zu entdecken: dort, wo bei nicht rechtzeitiger Erfüllung der Gläubiger kein Interesse mehr hat, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für ihn die Befugniß begründet, von der Obligation zurückzutreten; hier entsteht nur

30) Es ist da freilich nur gesagt, daß der Käufer bei Auflösung des Vertrags sich wegen des an den Verkäufer Gezahlten nicht an den zweiten Käufer halten könne citra delegationem iure stipulationis interpositam. Daraus geht aber vermöge des argumentum a contrario hervor, daß er sich deßhalb an den Verkäufer halten kann, welcher ihm sonst, ohne eine solche Verpflichtung, schwerlich den zweiten Käufer als Schuldner delegiren würde.

daſſelbe Recht, welches dort ipso iure eintritt, durch beſondere Verabredung für ſolche Fälle, wo es nicht ipso iure eintritt. Und härter in ihren Vorausſetzungen, da hier keineswegs alle die Entſchuldigungsgründe das Recht des Verkäufers ausſchließen, die ſonſt den Eintritt der mora hindern. Dazu kommt, daß wir für einen ganz ähnlichen Fall, wo auch infolge der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit des Käufers der Verkäufer von dem ihm vertragsmäßig eingeräumten Recht des Rücktritts Gebrauch macht, ausgeſprochen finden, daß der Käufer ſein Geld wieder erhält. In l. 6. C. de pact. int. emt. 4. 54. heißt es nämlich:

> Cum te fundum tuum, certae rei contemplatione inter vos habita, exiguo pretio in alium transtulisse commemores, poterit tibi ea res non esse fraudi; quando non impleta promissi fide, dominii tui ius in suam causam reverti conveniat. Et ideo — iudex fundum restitui tibi cum suis fructibus sua auctoritate perficiet: praecipue cum et adversa pars, receptis nummis suis, nullam passa videri possit iniuriam.

Was Sintenis (a. a. O. Anm. 31.) gegen das Argument aus dieſer Stelle bemerkt, daß nämlich die l. 6. cit. gar nicht von der lex commissoria, ſondern von der ausbedungenen Rückgängigkeit eines certae rei contemplatione eingegangenen Kaufs exiguo pretio, non impleta promissi fide, handle, „wobei mithin die Zahlung eines Theils oder des ganzen pretii nicht weiter in Betracht kam", iſt mir nicht verſtändlich. Warum ſoll hier anders als bei der lex commissoria die bereits geſchehene Zahlung nicht weiter in Betracht kommen? Was bei der gewöhnlichen lex commissoria die Nichtzahlung des ganzen Kaufgelds innerhalb der beſtimmten Friſt, das iſt hier die Nichterfüllung der ſpeciellen Nebenleiſtung, derentwegen der Kaufpreis ſelbſt niedriger geſtellt worden iſt; wie dort bei nicht vollſtändiger Zahlung des Gelds, ſo iſt hier bei Nichterfüllung der Nebenleiſtung das Auflöſungsrecht des Verkäufers begründet: ſo gut wie man dort Verluſt des theilweis Gezahlten als Strafe für die Nichterfüllung annimmt, ſo gut müßte man es demnach hier auch thun. Alſo dieſer Ein-

wand ist unbegründet. Eher läßt sich gegen die Benutzung dieser Stelle ein anderes Bedenken geltend machen, nämlich das, daß die Worte receptis nummis suis nicht nothwendig einen Rechtssatz des Inhalts, dem Käufer müsse das Gezahlte zurückgegeben werden, zu enthalten brauchen. Es ist, da die l. 6. ein kaiserliches Rescript auf einen vorgelegten concreten Fall ist, sehr wohl möglich, daß in concreto der Verkäufer das Kaufgeld bereits freiwillig zurückgezahlt hatte und die Worte also heißen können, „da ja der Käufer auch seinerseits bereits sein Geld wiedererhalten hat". Ich möchte mich darum, wenn dieser Satz gegen sonst allgemein anerkannte Grundsätze verstieße, nicht allein auf die l. 6. als absolut beweisend berufen. Da das aber nicht so ist, dieser Satz vielmehr lediglich als ein Ausfluß der sonst geltenden Principien erscheint, so läßt sich bei der zwischen diesem Fall und dem der eigentlichen lex commissoria offenbar bestehenden Uebereinstimmung ja Gleichheit die Stelle immer als ein Argument dafür anführen, daß auch bei der lex commissoria dem Käufer sein Geld — nur daß das hier immer nur ein Theil sein kann — wieder restituirt werden muß, zumal wenn man bedenkt, daß, wenn in dem Fall der l. 6. der Verkäufer den Vertrag auflösen konnte, ohne das Geld zurückgeben zu müssen, er es wohl nicht freiwillig gethan haben würde.[31])

Nur zwei Begründungsursachen für eine solche Strafe sind denkbar, der Wille der Parteien und specielle gesetzliche Bestimmung. Daß man sich durch besondere Verabredung einer solchen Strafe unterwerfen kann, wird Niemand bezweifeln, ebensowenig aber, daß eine Verabredung so allgemeinen Inhalts wie etwa: Alles, was Käufer abschläglich auf das Kaufgeld bezahlt hat, verliert er zur Strafe, wenn er nicht bis zu einem bestimmten Termin das ganze bezahlt, höchst selten vorkommen wird. Wenn es aber an einer solchen, wenn gleich seltenen, doch immer möglichen lex contractus fehlt, so müßte bei dem Entgegenstehn allgemeiner Principien ein specieller und zwar sehr klarer und unzweideutiger Rechtssatz vorhanden sein, der eine solche

31) Vgl. auch l. 1. C. de rescind. vend. 4. 44.

harte und unbillige Folge der Nichterfüllung eines Vertrags ausspräche. Die Existenz eines solchen Rechtssatzes wird denn nun auch behauptet. Ohne die Stellen, die denselben angeblich enthalten, würde wohl Niemand die Behauptung aufstellen, Niemand überhaupt nur auf den Gedanken gekommen sein, daß für den Käufer der Verlust des theilweis gezahlten Kaufgelds eintrete; denn die Behauptung der Glosse ad l. 4. §. 1. h. t. v. praedidit, die von manchen Aeltern nachgesprochen wird, daß dies wegen der vermuthlichen Absicht der Contrahenten anzunehmen sei, kann nur als ein und zwar verunglückter Versuch, diesen Rechtssatz einigermaßen zu erklären, betrachtet werden. Können also diese Stellen durch andere widerlegt werden, oder läßt sich die Beweiskraft dieser Stellen selbst beseitigen, so muß auch der Rechtssatz fallen, und wenn er fällt, so ist das nur ein Gewinn.

Welches sind nun die für jene Ansicht angeführten Stellen? Machen wir den Anfang mit derjenigen Stelle, deren Beweiskraft am schwächsten ist, der l. 25. pr. de H. P. 5. 3., auf die sich ältere Schriftsteller[32]) beziehn. Nach der Inscription hängt die l. 25. pr. cit. aufs engste zusammen mit der l. 23. pr. eod. In der letztern war gesagt worden, der bonae fidei possessor habe auf die hereditatis petitio nach dem Grundsatz des sog. Senatusconsultum Iuventianum nicht blos den Kaufpreis für die verkaufte Erbschaftssache zu restituiren, sondern auch die Conventionalstrafe, die er infolge der verspäteten Zahlung des Kaufpreises erhalten habe; dann fährt die l. 25. pr. fort: sed et si lege commissoria vendidit, idem erit dicendum, lucrum quod sensit lege commissoria praestaturum. Daraus hat man schließen wollen, daß, wie dem Verkäufer infolge der besonders verabredeten Conventionalstrafe ein Gewinn erwachse im Fall der nicht rechtzeitigen Zahlung, so hier bei der lex commissoria der Käufer ohne besondere Verabredung das bereits gezahlte Kaufgeld verliere! Als ob irgend eine Andeutung vorläge, daß das lucrum, welches der Verkäufer macht, in einem Theil des Kaufgelds bestehe, oder fest-

32) Vgl. z. B. Meier l. c. §. 12. Wesembeck l. c.

stände, daß dieser Verlust für den Käufer ohne Verabredung eintrete. Der Gewinn kann entweder die arrha sein oder der infolge besonderer Uebereinkunft ihm verbleibende Kaufgeldtheil. Ein Beweis dafür, daß das theilweis Gezahlte ohne Weiteres verloren gehe, kann aus der l. 25. pr. cit. in keiner Weise entnommen werden. Auch verzichten neuere Schriftsteller offenbar auf den Beweis durch diese Stelle, denn sie findet sich nirgends mehr, auch nicht einmal adminiculirend, angeführt.

Zwei Stellen[33]) sind es, auf die heutzutag die gegnerische Ansicht gestützt wird, l. 4. §. 1. de lege comm. u. l. 6. pr. eod. Auf die erste wird das Hauptgewicht gelegt, und sie bietet in der That Schwierigkeiten; haben wir diese gelöst, dann verringert sich die Bedeutung der letzteren Stelle von selbst.

Nachdem Ulpian in l. 4. pr. die Frage erörtert hat, welche Klage dem Verkäufer, der den Vertrag aufgelöst hat, hinsichtlich des Kaufobjects, sowie der Früchte und etwaigen Deteriorationen zustehe, und angegeben hat, daß wegen alles dessen nach der Entscheidung von Severus und Antoninus die actio venditi zulässig sei, fährt er in §. 1 fort:

> Sed, quod ait Neratius, habet rationem, ut interdum fructus emtor lucretur, cum pretium quod numeravit perdidit. Igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emtor aliquam partem pretii dedit.

Daß man diese Stelle nicht in der Weise, wie Madihn[34]) es thut, auslegen darf, ist unzweifelhaft. Er will unterscheiden, ob der Käufer Früchte gezogen habe oder nicht; im erstern Fall habe er die Wahl, ob er die Früchte restituiren und das Gezahlte zurückfordern, oder ob er statt dessen aufrechnen wolle,

---

33) Wie Holzschuher Theorie u. Casuist. III. S. 763 a. E. sich auf die Entscheidung der l. 38. de minor. 4. 4. als bestimmt der Meinung Glück's entgegenstehend berufen kann, ist mir unbegreiflich. Die l. 38. cit. enthält kein Wort über die Frage, ob für den Käufer der Verlust des theilweis gezahlten Kaufgelds eintrete, sondern handelt nur davon, ob das Recht zur Auflösung des Vertrags begründet sei.

34) Diss. de effectu legis commiss. parte pretii soluta. Halae 1755. §. 8.

im letztern Falle könne er das abschläglich bezahlte Kaufgeld stets zurückfordern. Das heißt doch aber nichts anderes, als der Käufer habe überhaupt unbedingt ein Rückforderungsrecht hinsichtlich des Gezahlten, denn daß er dies statt durch Klage auch compensando geltend machen kann, ist durchaus nichts besonders. Dem steht aber der Inhalt dieser Stelle direct entgegen: von einem, der das Rückforderungsrecht hat, kann man nicht sagen „perdidit pretium", es ist vielmehr definitiver Verlust gemeint, und dafür soll er nur — quae sententia est humana — die gezogenen Früchte lucriren. Aber daraus, daß die Madihn'sche Auffassung unrichtig ist, folgt noch nicht die Richtigkeit der andern Ansicht, daß das abschläglich gezahlte Kaufgeld stets verloren gehe. Meiner Ueberzeugung nach hat Glück[35]) Recht, wenn er meint, unsere Streitfrage, ob den Käufer stets dieser Verlust treffe, werde in der l. 4. §. 1 gar nicht entschieden, indem der Jurist hier nicht allgemein, sondern hypothetisch spreche, ohne sich darüber auszulassen, inwiefern der Käufer diesen Theil der Kaufsumme verliere, ein solcher Verlust sei aber möglich bei einer ausdrücklichen Verabredung. Nur bedarf diese Ansicht einer bessern Begründung.

Sintenis[36]) sucht diese Behauptung einer blos hypothetischen Fassung unsere Stelle durch folgende Argumentation zu entkräften, zu der ich gleich Satz für Satz die Gegenargumentation zufügen will: „eine solche Beschränkung sei durchaus nicht angedeutet, vielmehr bleibe es ganz dahin gestellt, wie es zu diesem Verlust komme" — das letztere gebe ich zu, es ist gerade das, was ich behaupte, die Frage danach, *wie* es zu dem Verlust kommt, wird hier gar nicht erörtert, sondern nur die, was eintritt, *wenn* es zu diesem Verlust kommt; wenn das aber so ist, dann lag gar keine Veranlassung vor, die Fälle, in welchen der Käufer das Gezahlte verliert, näher zu bezeichnen, es genügte vollkommen, wenn es nur einen einzigen solchen Fall gab, nämlich den der besondern Verabredung; dem gegenüber ist es ein sehr wenig stichhaltiger

35) A. a. O. S. 291 ff.
36) A. a. O. Anm. 31.

Grund, daß eine solche Beschränkung nicht angedeutet sei, denn von dem Grundsatz lege non distinguente nec nostrum est distinguere können durch die Grundsätze der logischen Interpretation Abweichungen begründet werden, und hier, wo der angebliche Rechtssatz ein so singulärer ist, muß es gewiß genügen, wenn es nur einen einzigen Fall gibt, wo die Voraussetzung cum perdidit pretium zutrifft. Ferner „Ulpian billige die dies enthaltende Ansicht des Neratius ausdrücklich und einfach unter der Voraussetzung quando emtor aliquam partem pretii dedit, mithin sei die Hingabe, nicht die Bestimmung des Ausschlusses der Zurückforderung, der Grund des Verlustes". Wie unbegründet dieser auf den ersten Blick allerdings fast unumstößlich scheinende Beweisgrund ist, werde ich gleich im Folgenden bei der eingehendern Interpretation der l. 4. §. 1 zeigen. Ferner „Glück berufe sich, um ein Haben sine causa zu beweisen, darauf, daß res inemta sei, damit vertrage sich aber der Verlust des pretium an den Verkäufer recht wohl". Das wird ja gar nicht in Abrede gestellt, es fragt sich nur, ob dieser Verlust auch ohne besondere Verabredung eintritt. „Die causa des Verlustes sei eben der Eintritt der Bedingung und die Auflösung des Geschäfts". Das ist ja aber gerade das, was zu beweisen ist; die Bedingung besteht doch, abgesehen von besonderer Verabredung, nicht für das Behalten des Kaufpreises, sondern für die Auflösung des Geschäfts, und diese ergreift das ganze Geschäft; die Auflösung an und für sich und allein kann unmöglich die causa dafür sein, daß das Geschäft nach einer Richtung hin bestehen bleibt.

Die von Sintenis gegen die Glück'sche Ansicht vorgebrachten Gründe sind nach dem eben Ausgeführten nicht geeignet, diese Ansicht als ungerechtfertigt erscheinen zu lassen. Eine Beachtung verdient nur der eine Grund, wegen dessen Widerlegung ich verwiesen habe. Ich sagte, daß dieser Grund auf den ersten Blick fast unumstößlich scheine. Es hat nämlich, und so meint es Sintenis, sowie jeder Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung, in der That den Anschein, als wäre die Argumentation Ulpian's die: Nach Neratius' Ausspruch behält der Käufer bisweilen die Früchte, nämlich wenn

er den Kaufpreis an den Verkäufer verliert: also hat Neratius Recht, d. h. der Käufer behält gegen den Verlust des Kaufgelds die Früchte, quando aliquam partem pretii dedit. Man könnte den Schluß in die Formel fassen: wenn a = b ist und b = c, ist c = a, nämlich, wenn der Verlust des Kaufgelds (a) = dem Lucriren der Früchte (b) und das Lucriren der Früchte (b) = dem Hingeben des Kaufgelds (c) ist, so muß auch das Hingeben des Kaufgelds (c) = dem Verlust des Kaufgelds (a) sein, d. h. das gezahlte Kaufgeld geht dem Käufer verloren. So scheint es, aber es scheint auch nur so. Der Fehler liegt darin, daß zwei Worte übersehen sind, die Worte quod numeravit und aliquam partem pretii. Allerdings erklärt sich Ulpian mit der Ansicht des Neratius einverstanden, aber in anderer Weise als Sintenis meint. Das Unterscheidende in dem Satz des Neratius und den Worten Ulpians ist, daß jener sagt: cum pretium perdidit, Ulpian aber: quando aliquam partem pretii dedit; der Gegensatz ist, wie ich gleich im Folgenden beweisen werde, nicht zwischen perdidit und dedit, sondern zwischen pretium und pars pretii. Ulpian billigt das, was Neratius gesagt, oder richtiger, das was er gemeint hat; materiell mit ihm einverstanden corrigirt er nur dessen ungenauen Ausdruck, denn in der That hat Neratius sich nicht genau ausgedrückt: er sagt, der Käufer behalte bisweilen die Früchte, wenn er das pretium verliere, das heißt streng genommen, wenn er das ganze pretium verliert, ein Fall aber, wo der Käufer bei der lex commissoria den ganzen Kaufpreis verliert, ist nicht denkbar, denn verlieren könnte er ihn nur, wenn er ihn ganz gezahlt hätte; hat er aber den ganzen Kaufpreis gezahlt, so ist ja die Bedingung für die lex commissoria deficirt und der Kauf bleibt bestehn; also, sagt Ulpian, greift die Ansicht des Neratius dann Platz, quando partem aliquam pretii dedit. Daß das aber wirklich der Gedankengang Ulpians ist, daß Ulpian nicht so, wie Sintenis meint, gefolgert hat: Käufer behält die Früchte, cum pretium perdidit, demnach verliert er das pretium, bezüglich behält er die Früchte, quando aliquam partem pretii

dedit, geht aus dem Wort hervor, von dem ich oben gesagt habe, daß es bei dieser Argumentation gänzlich übersehen worden sei, aus dem Worte nämlich „quod numeravit“. Wäre die Argumentation von Sintenis richtig, so würde Ulpian mit Recht der Vorwurf einer ganz ungemeinen Breite und Flachheit, ja sogar der Vorwurf des bloßen Nachsprechens derselben Worte treffen. Denn ganz dasselbe, was nach Sintenis den Inhalt des Ulpian'schen Satzes bilden soll, hatte Neratius auch schon gesagt. Es heißt ja beim Referat seiner Ansicht ausdrücklich: Käufer behält bisweilen die Früchte, cum pretium quod numeravit perdidit, Ulpian kann also unmöglich in dem Satz, den er mit igitur einleitet, sagen wollen: demnach ist dies dann richtig, cum pretium numeravit. Er muß nothwendig etwas anderes sagen wollen, und zwar eben das, worauf die Verschiedenheit des Ausdrucks: pretium und pars pretii hindeutet. — Ist aber diese Interpretation, wonach Ulpian lediglich die ungenaue Ausdrucksweise des Neratius corrigirt, richtig — und nach dem vorstehend Ausgeführten glaube ich nicht, daß an der Richtigkeit derselben gezweifelt werden wird —, so enthält die l. 4. §. 1 nicht das geringste Argument dafür, daß der Käufer den bereits bezahlten Theil der Kaufsumme verliere. Die bereits erfolgte Zahlung ist nur die factische Voraussetzung für diesen Verlust, die stets vorhanden sein muß und die darum auch von beiden Juristen erwähnt wird, nur von dem einen weniger genau als pretium numerare, von dem andern genauer als aliquam partem pretii dare, der Grund des Verlustes aber ist das Factum der Zahlung nicht. Ueber diesen Grund, warum, und über den Fall, wann der Verlust eintritt, sagt Ulpian so wenig etwas wie Neratius, das ist eben nach allgemeinen Principien zu entscheiden. Dafür, daß kraft specieller gesetzlicher Bestimmung mit der Auflösung des Kaufvertrags der Verlust des Gezahlten für den Käufer verbunden sei, kann man sich auf diese Stelle wenigstens nicht stützen. Dem gegenüber kann natürlich auch nicht die andere Auffassung der Basiliken in Betracht kommen, selbst wenn dagegen nicht schon der von Glück

hervorgehobene formelle Grund spräche, daß das Buch, aus welchem diese Stelle entnommen ist, zu den unächten gehört.[37])

Es bleibt nur noch die l. 6. pr. h. t., die aus Scävola's Responsen stammt. Der Jurist respondirt auf eine Anfrage:

si per emtorem factum sit, quo minus legi pareretur et ea lege uti venditor velit, fundos inemtos fore, et id quod arrhae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum.

Daß nach dieser Stelle die von dem Käufer gegebene arrha verloren geht, auch ohne daß dieser Verlust besonders ausgemacht ist, dürfte kaum zweifelhaft sein, auch gibt es in der That der Dissentienten nur wenige. Der Beweis dafür liegt nicht nur in dieser ohne alle Unterscheidung sprechenden Stelle, sondern es folgt das, wie ich im Folgenden ausführen werde, aus dem Character der Arrha überhaupt, so daß wir den Verlust der Arrha auch ohne diese Stelle annehmen müßten. Was aber von der Arrha gilt, findet nicht ohne Weiteres Anwendung auf den gezahlten Theil des Kaufgelds, denn der Character beider Leistungen ist, wie ich gleichfalls zu beweisen gedenke, ein ganz verschiedener. Es wird denn auch der Satz von dem Verlust des Kaufgelds lediglich auf die Worte vel alio nomine datum gestützt. Daß das ein sehr schwacher Beweis ist, wird wohl selbst von den Gegern nicht verkannt, die l. 6. pr. wird von ihnen auch nur als eine die Hauptstelle, die l. 4. §. 1. cit., unterstützende angeführt. Hätten wir die l. 6. pr. allein, ohne die l. 4. §. 1., so würde wohl Niemand daran gedacht haben, diesen Satz darin enthalten zu finden; da nun aber nach der obigen Erörterung die l. 4. §. 1. nichts beweist, so fällt damit auch die blos secundäre Beweiskraft der l. 6. pr. Was der Jurist mit dem alio nomine datum gemeint hat, ist freilich zweifelhaft, es sind darüber die verschiedensten Erklärungsversuche gemacht worden. Der Eine erklärt es: si quid simili ratione venditor acceperit, ut deinde lucretur quemadmodum in arrha fiat[38]), der Andere: quid aliud em-

37) Vgl. Glück a. a. O. S. 290. 291. 292.

38) Boeckelmann bei Pufendorf Observ. I. 59.

tionis nomine per emtorem erogatum fuerit, veluti in symposium vel instrumenti emtionalis confectionem, proxeneticum pararii et similia[39]), oder als Arrha und andere Contractskosten, als Arrha oder was sonst des geschlossenen Kaufs wegen an Kosten oder Geschenken gegeben worden ist.[40]) Man könnte vielleicht gegen die Erklärung, daß das in symposium vel instrumenti emtionalis confectionem erogatum oder ähnliches damit gemeint sei, einwenden wollen, daß es heißt apud venditorem remansurum, daß also darunter etwas dem Verkäufer Hingegebenes verstanden werden müsse. Es kann das aber ebensogut die Bedeutung haben: es bleibt im Vermögen des Verkäufers, d. h. der Verkäufer braucht dem Käufer nicht den Werth dessen, was dieser bei Gelegenheit des Vertrags aufgewendet hat, zu restituiren. Und sogar, wenn man das apud venditorem remansurum ganz wörtlich nimmt, lassen sich doch Fälle denken, worauf jene Erklärung Anwendung findet, wie z. B. wenn für den Verkäufer Kosten entstanden waren und der Käufer beim Abschluß des Vertrags ihm diese vergütet hat, oder wenn im Fall eines nach Localgewohnheit üblichen Weinkaufs die Parteien, weil der Eine oder der Andere etwa verhindert war, nicht zusammengetrunken haben, sondern der Verkäufer dafür in Geld entschädigt worden ist. Also es läßt sich doch unter dem alio nomine datum etwas anderes denken als gerade das bezahlte Kaufgeld, es muß nicht gerade dies darunter verstanden werden; vielmehr ist bei dem Ausdruck arrhae vel alio nomine gewiß etwas der Arrha ähnliches gemeint, wie es auch Vivianus im Casus ad h. l. wiedergiebt als quod simili modo ab eo recepit, und wie wir etwa sagen würden „als Arrha oder etwas ähnliches". Das zur Erfüllung der Verbindlichkeit gezahlte Kaufgeld ist aber etwas der Arrha sehr unähnliches. Möglich ist auch, daß Scävola bei seinem Responsum mit Rücksicht auf den concreten Fall, wo vielleicht ein anderer Ausdruck für das Hingegebene gebraucht war, nur sagen will: der Verkäufer behält das Gege-

39) Voet l. c. §. 3.
40) Braun Erört. II. S. 819. Glück a. a. O. S. 285. 286.

bene, mag es unter dem Namen der Arrha oder einem andern gegeben sein. Mag man aber die eine oder die andere Möglichkeit annehmen oder verwerfen, jedenfalls liegt in dem alio nomine nicht die geringste Andeutung, die uns berechtigte, es auf das Kaufgeld zu beziehn, und es wäre gewiß mehr als auffallend, wenn ein so höchst singulärer Rechtssatz, wie der des Verlustes des vielleicht zum größten Theil bezahlten Kaufgelds, in den hingeworfenen Worten vel alio nomine datum aufgestellt wäre. Wie Treitschke[41]) diesen Erwägungen gegenüber unsere Ansicht mit der Bemerkung, die Worte alio nomine dedit seien zu allgemein und zu klar, verwerfen kann, ist schwer zu begreifen. Ich glaube, Scävola würde sich wohl wundern und protestiren, wenn man ihm diese aus seinen Worten gezogene Folge als seinen Ausspruch vorlegen wollte.

Es bleibt nun noch übrig, die Behauptung, auf welche die bisherige Argumentation sich gestützt hat, zu beweisen, die Behauptung nämlich, daß Arrha und das zur Erfüllung gezahlte Kaufgeld durchaus unähnlich sind, daß also ein Schluß von dem, was bei der Arrha gilt, auf das Kaufgeld unzulässig ist, und deßhalb das alio nomine datum von allem Andern, nur nicht vom Kaufgeld verstanden werden darf. Ich sagte oben, daß wir auch ohne diese Stelle nach allgemeinen Grundsätzen den Verlust der Arrha annehmen müßten, denn Scävola tritt ja in seinem Responsum nicht als Gesetzgeber auf, der willkürlich einen Satz aufstellt, er würde nicht so respondirt haben, wenn sich nicht aus allgemeinen Rechtsprincipien diese Folge des Verlustes der Arrha ergeben hätte. Diese Grundsätze müssen daher einer Betrachtung unterzogen werden.

Der Begriff der arrha ist an sich ein etwas unbestimmter und zugleich ein negativer. Arrha ist im Allgemeinen das bei Gelegenheit eines abgeschlossenen oder abzuschließenden Geschäfts Hingegebene im Gegensatz zu dem zur Erfüllung Hingegebenen. Dieser Gegensatz der Arrha und des zur theilweisen Erfüllung der Vertragsverbindlichkeit Geleisteten geht unwiderleglich aus l. 2. C. quando liceat ab emt. disc. 4. 45. hervor. Nach

41) A. a. O. §. 50. Anm. 10.

dieſer Stelle iſt die Aufhebung eines Kaufvertrags durch contrarius consensus nur dann zuläſſig, wenn res adhuc integra iſt. Die gegebene Arrha hebt dieſen Stand der res adhuc integra nicht auf, der Kauf iſt durch die Uebereinkunft aufgelöſt und der Käufer fordert ſeine Arrha zurück; wenn hingegen ein Theil des Kaufgelds bezahlt iſt, dann iſt res nicht mehr integra, der Käufer kann nicht unter Berufung auf den contrarius consensus das gezahlte Kaufgeld zurückverlangen, ſondern hat nur die Klage auf Erfüllung des Kaufcontracts. Die Arrha iſt daher unzweifelhaft das zu einem andern Zweck als zur Erfüllung Hingegebene. Was aber dieſer anderweite Zweck iſt, das hängt zunächſt von der Abſicht der Contrahenten ab. Nicht alles, was hingegeben wird, iſt ohne weiteres Arrha, ſondern der Zweck der Hingabe ſtempelt es dazu und beſtimmt zugleich, was für Grundſätze hinſichtlich derſelben gelten. Dieſer Zweck kann aber im Allgemeinen ein doppelter ſein: das Gegebene ſoll entweder lediglich als ein Zeichen des Vertragsabſchluſſes dienen oder es ſoll daneben oder auch allein die Bedeutung einer Conventionalſtrafe haben.

Der Character der Arrha als Conventionalſtrafe wird nun ganz allgemein anerkannt, wenn es ſich um eine ſogen. arrha pacto imperfecto data handelt. Mit vollem Recht. Denn wenn die Parteien blos vorläufig über den abzuſchließenden Vertrag verhandelt haben, ohne daß es zur Perfection gekommen iſt, ſo kann die Arrha, mag ſie auch gewöhnlich ein argumentum emtionis contractae ſein, doch hier dieſen Sinn nicht haben: ein Beweismittel für etwas unvollſtändiges, rechtlich nicht exiſtentes wäre ganz zwecklos. Gibt alſo einer der Contrahenten bei ſolchen bloſen Tractaten etwas hin mit der Erklärung, den Vertrag zu Stande bringen zu wollen, ſo iſt das nichts anderes als das — nur ſofort erfüllte — Verſprechen: wenn ich das nicht thue, gebe ich dir ſo und ſo viel. Hier iſt die arrha in Wahrheit eine confirmatoria, indem ſie eine noch gar nicht vorhandene Verbindlichkeit wenigſtens einigermaßen ſtärkt und es nun nicht mehr im ganz freien folgenloſen Belieben der Parteien ſteht, ob es zur Perfection kommt, ſondern das Nichtperfectwerden mit der Strafe des Verluſts der Arrha verbunden iſt. Es entſpricht das ganz dem Fall, wo die unter

einer Conventionalstrafe versprochene Leistung, das den Inhalt des Hauptvertrags, zu dessen Bestärkung die Conventionalstrafe dienen soll, bildende Versprechen nicht selbständig giltig und klagbar ist, vielleicht weil dem Promittenten das erforderliche Interesse fehlt. Daß also hier bei den unverbindlichen Tractaten der Rücktritt gestattet ist, ist nichts eigenthümliches, dieses Recht wird nicht erst durch die Arrha gewährt, das eigenthümliche ist vielmehr, daß dieser Rücktritt nicht mehr ein folgenlos freier ist, sondern einen Nachtheil, den Verlust der Arrha, im Gefolge hat. Und das erklärt sich eben aus dem Character, den die Arrha in diesem Falle hat, dem Character als Conventionalstrafe. Das ist auch nicht erst, wie Manche glauben, durch Justinian in l. 17. C. de fide iustrum. 4. 21. eingeführt worden und auch nicht etwa auf den speciellen Fall zu beschränken, von dem die l. 17. C. cit. handelt, nämlich auf den Fall, wo das Nichtperfectsein des Vertrags lediglich in der Verabredung der schriftlichen Form seinen Grund hat. Die Neuerung, die Justinian in dieser Stelle hinsichtlich der Arrha macht, besteht nicht darin, daß die Arrha bei einem imperfecten Vertrag die Bedeutung einer Conventionalstrafe hat und für den später die Abschließung weigernden Geber verloren geht, sondern darin, daß diese Wirkung des Gebens einer Arrha für beide Theile eintritt, ohne daß dies besonders verabredet zu werden braucht. Denn an sich trifft die Conventionalstrafe nur denjenigen, der sie zu leisten verspricht oder sie in der Gestalt der Arrha gleich vorläufig hingibt, für den Empfänger entsteht daraus an sich nur ein Recht, nicht aber die Verbindlichkeit, auch seinerseits dieselbe Strafe bezüglich nach Herausgabe der Arrha noch einmal den Werth derselben zu zahlen, wenn das nicht besonders ausgemacht ist oder sich aus den Umständen als Vertragsintention ergiebt.[42]) Diesen besondern hierauf gerichteten Willen erklärt Justinian für unnöthig mit den Worten: illud etiam in posterum adiicientes, ut si quae

42) Vgl. auch Mühlenbruch Pand. II. §. 341. bei N. 7: es kann infolge ausdrücklicher Verabredung die Arrha die Natur einer Conventionalpön erhalten, in welchem Falle, wenn diese Bestimmung gegenseitig ist, der Empfänger sie doppelt restituiren muß.

arrhae super facienda emtione datae sunt — licet non sit specialiter adiectum, quid super iisdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat, tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans in duplum eas reddere cogatur et qui emere pactus est, ab emtione recedens datis a se arrhis cadat. Den Character der Conventionalstrafe, abgesehen von ihrer Zweiseitigkeit, hatte aber die Arrha bei einem imperfecten Vertrag schon vorher.

Schon aus diesen bei der arrha pacto imperfecto data geltenden Grundsätzen läßt sich ein Argument herleiten, daß der sub lege commissoria Kaufende mit vollem Recht die gegebene Arrha verliert, wenn der Verkäufer von dem ihm eingeräumten Recht Gebrauch macht. Denn wenn mit dem Rücktritt von einem imperfecten Vertrag der Verlust der Arrha verbunden ist, so ist der Verlust gewiß auch gerechtfertigt, wenn der Geber derselben die Schuld trägt, daß der perfecte Vertrag wieder aufgehoben wird, wie das bei der lex commissoria möglich ist. Nur verliert hier nicht der so zu sagen formell Zurücktretende — denn dieser, der ja durch die lex commissoria dazu berechtigt ist, darf bei Ausübung des ihm vertragsmäßig eingeräumten Rechts keinen Nachtheil erleiden —, sondern der, welcher durch Nichterfüllung die Veranlassung zu dem für diesen Fall vertragsmäßig gestatteten Rücktritt giebt, der letztere ist im Rechtssinn der den Vertrag Auflösende. Wenn wir aber auch auf diese gewiß zutreffende Analogie der arrha pacto imperfecto data keine Rücksicht nehmen, so kommen wir doch noch auf einem andern Wege zu dem Resultat, daß der Verlust der Arrha bei der lex commissoria in ihrem Character begründet liegt.

Es fragt sich nämlich, ob der Character der Arrha als Conventionalstrafe auf den Fall einer arrha pacto imperfecto data beschränkt ist, oder ob die Arrha die gleiche Bedeutung hat, wenn sie pacto perfecto data ist. Denn da die lex commissoria nach der obigen Darstellung nothwendig und in den Quellen wenigstens factisch immer eine Resolutivbedingung enthält, der Vertrag also, dem sie zugefügt wird, stets ein perfecter ist, so ist das die Frage, deren Beantwortung für uns wichtig ist. Nimmt man das letztere an, so entspricht das

dem Fall, wo eine Conventionalstrafe für einen auch an und für sich schon giltigen Vertrag, auf dessen Erfüllung geklagt werden kann, verabredet wird. Von Vielen wird dies, wenn nicht eine ausdrückliche Vereinbarung stattgefunden hat, nur für den Fall der lex commissoria zugegeben, so daß es als eine Eigenthümlichkeit dieser Nebenverabredung erscheint. Allerdings hat nach meiner eignen Auffassung die Arrha bei der lex commissoria an und für sich stets diese Bedeutung, aber der Grund hievon liegt nicht darin, daß es eine lex commissoria ist, sondern in etwas Anderm, was eben nur stets mit der lex commissoria verbunden ist. Ehe ich aber darauf eingehe, muß ich wieder bemerken, daß das nicht erst durch die l. 17. C. cit. eingeführt ist, es würde sonst für die Stelle des Scävola, für die nach Pandectenrecht über die lex commissoria geltenden Grundsätze, von dieser Argumentation kein Gebrauch gemacht werden können. Damit trete ich freilich in Opposition gegen eine gewichtige Autorität. Savigny[43]) leitet den Satz, daß die arrha pacto perfecto data den Character einer Conventionalstrafe habe, den er gleichfalls nicht auf die lex commissoria beschränkt, aus der citirten l. 17. C. ab. Da dies nun, sowie die ganze Auffassung der Arrha für uns wichtig ist, so muß hierauf, sowie auf den bestrittenen Sinn der l. 17. C. etwas näher eingegangen werden.

Savigny versteht die besonders bestrittenen und schwierigen Worte „sine scriptis" von einem perfecten Vertrag, und die Bestimmung Justinian's, die ja eine Neuerung ist (illud etiam in posterum adiicientes), dahin: wenn ein Vertrag sine scriptis abgeschlossen (d. h. nach Savigny sofort perfect), aber noch durch Arrha bestärkt sei, so solle der die Erfüllung Weigernde zwar durch Klage dazu gezwungen werden können, weil der Vertrag auch ohnehin verbindlich sei, er solle aber daneben noch zur Strafe der rechtswidrigen Weigerung die Arrha verlieren, so daß also hier die Arrha die Natur einer Conventionalstrafe in dem strengern Sinn habe. Wäre diese Savigny'sche Auffassung richtig, so würde das eine vollkommen

43) Obligationenrecht Bd. II. §. 79.

genügende Erklärung für den Verluſt der Arrha bei der lex commissoria ſein, es wäre nicht eine Eigenthümlichkeit dieſes Nebenvertrags, ſondern folgte aus dem Character der Arrha; der Verkäufer würde auf Erfüllung des Kaufvertrags klagen können und daneben doch die Arrha behalten, er würde aber auch die Arrha behalten, wenn er die Auflöſung vorzöge, denn die Conventionalſtrafe iſt einmal verfallen, und das wird nicht geändert durch die Ausübung des ihm vertragsmäßig eingeräumten Rechts, den Käufer trifft eben infolge der beſondern Verabredung noch eine zweite Strafe für die Nichterfüllung. Ich halte nun auch die Savigny'ſche Anſicht dem Reſultat nach im Weſentlichen für richtig, nur glaube ich nicht, daß man ſie aus l. 17. C. cit. ableiten kann; das iſt nicht die Neuerung, die Juſtinian einführt — worin dieſe beſtand, habe ich oben angegeben —, es galt dies vielmehr ſchon früher, und das iſt auch nicht die Bedeutung der Worte „sine scriptis“. Savigny verwirft die Erklärung derer, welche dieſe Worte von Verträgen verſtehen wollen, denen am Abſchluß noch etwas fehle, aus dem Grunde, weil die Arrha vorausſetze, daß der Inhalt des Vertrags vollſtändig feſtſtehe, wofür eben die Arrha das Zeichen ſein ſolle. Ich halte in Bezug auf den Inhalt der l. 17. C. cit. die von Savigny verworfene Anſicht für richtig. Was zunächſt den dagegen angeführten Grund betrifft, ſo ſtützt ſich derſelbe auf die vorgefaßte Meinung, daß die Arrha weſentlich eine die Perfection bezeugende Form ſei; wenn das aber auch nach den Quellen ihre gewöhnliche Bedeutung iſt, ſo haben wir doch oben geſehn, daß die Arrha bei allen noch nicht bis zur Perfection gediehenen Verträgen, nicht blos bei denen, die infolge der Verabredung einer beſondern Form noch nicht perfect ſind, als Conventionalſtrafe ſehr gut denkbar iſt und daß Juſtinian nur die Zweiſeitigkeit dieſer Strafe anordnet. Sodann aber — und das iſt der wichtigſte Gegengrund gegen Savigny — iſt der Inhalt und die Ausdrucksweiſe der l. 17. C. cit., ſowie des daraus entnommenen pr. I. de emt. 3. 24. der Art, daß der Ausdruck sine scriptis nicht von einem perfecten, ſondern nur von einem imperfecten Vertrag verſtanden werden kann. Wenn es in l. 17. C. cit. heißt: si quae ar-

rhae super facienda emtione datae sunt, sive in scriptis sive sine scriptis, licet non sit specialiter adiectum, quid super iisdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat, ſo muß ſich facienda emtione und non procedente contractu nothwendig in gleicher Weiſe auf das sine scriptis wie das in scriptis beziehn, und beides deutet unwiderleglich auf einen nicht perfecten Vertrag; bedeutete das in scriptis einen perfecten Contract, ſo könnte von einer facienda emtio ſowenig die Rede ſein, wie von einem non procedere des Contracts. Und wenn im pr. I. cit. geſagt wird: ita tamen impune eis recedere concedimus, nisi iam arrharum nomine aliquid fuerit datum; hoc enim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum etc., ſo iſt in beiden Fällen, in scriptis wie sine scriptis, ein Rücktreten (nur nicht mehr impune, wenn eine Arrha gegeben iſt) geſtattet, von einem perfecten Vertrag kann man aber auch gegen den Verluſt der Arrha nicht zurücktreten. — Aus dieſen Stellen kann demnach ein Beweis dafür, daß die bei einem perfecten Vertrag gegebene Arrha den Character der Conventionalſtrafe habe, nicht entnommen werden; ſie reden nur von dem Falle einer arrha pacto imperfecto data, und daß hierbei der Verluſt der Arrha bei dem Rücktritt erfolgt, iſt, wenigſtens ſoweit den Geber der Verluſt trifft, nichts Neues.

Der Umſtand, daß die Worte der l. 17. C. cit. „sine scriptis“ nicht mit Savigny von einem perfecten Vertrag verſtanden werden können, hindert natürlich nicht, daß die bei einem pactum perfectum gegebene Arrha die Bedeutung einer Conventionalſtrafe haben kann. Oft freilich wird ſie nur den Zweck haben, als Beweis, als argumentum emtionis contractae, ut evidentius probari possit, zu dienen. Es giebt Fälle, wo ihr Sinn durchaus kein anderer ſein kann, wie z. B. wenn ſie bei Gelegenheit eines unter einer reſolutiven addictio in diem geſchloſſenen und ſofort von beiden Theilen erfüllten Kaufs gegeben wird. Dann gelten die Grundſätze, die als die regelmäßigen bei dieſer arrha pacto perfecto data angeführt werden: Rückgabe bezüglich Einrechnung derſelben, der Empfänger

soll sich damit nicht bereichern. Aber es giebt auch Fälle, wo die Arrha über den Zweck eines bloßen signum contractae emtionis hinausgeht, wo sie die Bestärkung des Versprechens einer vorzunehmenden Leistung enthält, wo sie also die Bedeutung einer sofort hingegebenen Conventionalstrafe für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens hat.[44]) Und diese Bedeutung hat sie wohl — abgesehn von besonderer entgegenstehender Erklärung — fast ausnahmslos dann, wenn sie bei einem Versprechen innerhalb bestimmter Frist zu erfüllen gegeben wird; es erstreckt sich dann das Geben der Arrha auf den ganzen Inhalt des Contracts und ist nicht blos ein signum contractus intra certum tempus implendi, so daß sie non secuto implemento censeatur esse commissa.[45]) Angenommen, es verspricht Jemand, nachdem ausgemacht worden, daß er das Kaufgeld binnen vier Wochen zahlen müsse, mit Bezug auf das eben abgeschlossene Geschäft 10, so kann das keine andere Bedeutung haben als die: wenn er nicht innerhalb der festgesetzten Zeit das Kaufgeld zahle, verspreche er als Strafe für die nicht rechtzeitige Erfüllung 10. Dem steht es aber gleich,

---

44) So sagt Keller Pand. §. 224: die Conventionalstrafe ist gar oft als Versprochenes zu demselben Zwecke bestimmt, wie die Arrha als Gegebenes. Und Valett Pand. §. 406: mit der blos versprochenen Arrha ist die Conventionalstrafe eigentlich gleichbedeutend.

45) Vgl. Günther Princ. iur. rom. noviss. II. §. 958. sub 3, mit Berufung auf Thomasius Diss. de arrhis emtionum. — Die l. 35. pr. de contr. emt. 18. l. und pr. I. 3. 24, welche nur die Bedeutung der Arrha als argumentum emtionis contractae hervorheben, stehen dem nicht entgegen, sie wollen, wie sich aus ihrem Inhalt ergiebt, nur sagen, daß das Geben der Arrha nicht zur Giltigkeit und Perfection des Vertrags nothwendig sei. — Wenn Windscheid §. 325. Anm. 2 sagt: „das Hingegebene wird hingegeben, um eine gewisse Function zu erfüllen, nach der Erfüllung oder dem Wegfall des Vertrags kann es diese Function nicht mehr erfüllen, und so ermangelt dann die Voraussetzung, unter welcher es hingegeben ist, so daß der Empfänger aus dem Vermögen des Hingebenden ohne rechtfertigenden Grund bereichert ist", so paßt diese Argumentation lediglich auf den Fall, wo die Function des Hingegebenen gerade nur die ist, ein Zeichen des Zustandekommens des Vertrags zu sein. Die Möglichkeit der Bedeutung der Arrha als Conventionalstrafe ist dabei ganz unberücksichtigt geblieben.

wenn er statt des Versprechens die 10 gleich hingiebt in Gestalt der Arrha; der Zweck der Hingabe ist hier nach der Intention der Parteien die Bestärkung des Vertrags und speciell des Versprechens der rechtzeitigen Erfüllung. Wird nun dieses Versprechen nicht gehalten, so verfällt die Strafe, und zwar in solchen Fällen so, daß cumulativ neben der Strafe noch die Erfüllung des Vertrags verlangt werden kann, da hier die Conventionalstrafe nicht als Aequivalent der ganzen Hauptleistung, als gewillkürter Anschlag des ganzen Interesse, sondern nur des der nicht rechtzeitigen Erfüllung erscheint.[46]) Bei der lex commissoria hat nun, wie allgemein zugegeben wird, die Arrha diesen Character einer Conventionalstrafe, aber es ist das nicht etwas der lex commissoria eigenthümliches, sondern es hängt damit zusammen, daß hier die Erfüllung einer Verbindlichkeit und zwar innerhalb bestimmter Zeit versprochen wird. Nun ist dem Berechtigten bei der lex commissoria, wenn ihre Bedingung eingetreten ist, anders als in andern Fällen, eine doppelte Möglichkeit gegeben, er kann den Vertrag bestehen lassen oder ihn für aufgehoben erklären. Läßt er ihn bestehen, so tritt das ein, was eben als bei allen andern Verträgen auch geltend angegeben worden ist: neben dem Recht, die Erfüllung des Hauptvertrags zu fordern, behält er die Arrha,

---

46) Vgl. Glück XVI. S. 97: „war die Arrha blos zur Versicherung gegeben worden, daß der Kauf zur bestimmten Zeit werde erfüllt werden, so verliert der Contrahent der Erfüllung ungeachtet die gegebene Arrha, welcher sich eines Verzugs bei der Erfüllung schuldig machte." — Schweppe Pand. §. 421: „der Geber der arrha pacto perfecto data verliert sie, wenn durch seine Schuld die Erfüllung des Vertrags wegfällt oder über Gebühr verzögert wird." — Damit widerlegt sich die Bemerkung von Savigny a. a. O. S. 270: „da in dem Fall eines sine scriptis abgeschlossenen Vertrags (den Savigny mit einem perfecten Vertrag identificirt) die Erfüllung sogleich durch Klage erzwungen werden könne, so sei kein sichtbarer Grund vorhanden, weßhalb die Arrha verloren werden solle." Der von Savigny vermißte Grund des Verlustes bei einem wirklich perfecten Vertrag ist eben ihr Character als Conventionalstrafe für nicht rechtzeitige Erfüllung, und das ist, wie gesagt, nicht erst durch Justinian eingeführt worden, selbst wenn die l. 17. C. cit. mit den Worten sine scriptis wirklich einen perfecten Vertrag meinte.

die infolge der nicht rechtzeitigen Leistung verfallen ist[47]); macht er von dem Recht der einseitigen Auflösung, wodurch allein dieser Fall von den andern sich unterscheidet, Gebrauch, dann behält er die Arrha aus demselben Grund, nur daß hier die nicht rechtzeitige Erfüllung für den Käufer noch einen zweiten Nachtheil im Gefolge hat. Dasselbe würde in dem mit der lex commissoria verwandten Fall gelten, wenn ohne besondere Verabredung dem Gläubiger wegen der nicht rechtzeitigen Leistung Seitens des Schuldners das Recht vom Vertrag abzugehen zusteht.[48])

Es folgt also nach dem Ausgeführten aus dem Character der Arrha, daß bei Bestehenbleiben wie bei Auflösung des Contracts der Käufer dieselbe verliert, die l. 6. pr. h. t. enthält daher nichts, als was sich schon aus allgemeinen Grundsätzen ergiebt. Kann man das auch von dem theilweis gezahlten Kaufgeld sagen? Würde es sich rechtfertigen lassen, wenn man dem Verkäufer, der es vorzieht, den Vertrag bestehen zu lassen und auf Erfüllung desselben zu klagen, das Recht einräumen wollte, die ganze Kaufsumme noch einmal zu fordern, obgleich ihm vor Ablauf der Frist bereits der größte Theil derselben gezahlt worden ist? Gewiß nicht. Ebensowenig darf er aber das bereits abschläglich Gezahlte behalten, wenn er den Kauf kraft seines Rechts rückgängig macht. Für das Kaufgeld liegt der Grund nicht vor, der hinsichtlich der Arrha besteht. Den positiven Beleg aus den Quellen, wie verschieden der Character dieser beiden Leistungen ist, habe ich schon oben beigebracht in der l. 2. C. quando lic. ab emt. disc. 4. 45, wonach in dem einen Fall noch res integra ist, in dem andern nicht. Das ist gerade das Unterscheidende: das Kaufgeld wird zur Erfüllung gezahlt, das zur Erfüllung Gezahlte kann aber an sich nicht die Bedeutung haben, daß es das Versprechen bezüglich das vorläufige Zahlen einer Strafe für die Nichterfüllung sei. Daß

47) Daß für diesen Fall der Verlust der Arrha in den Quellen nicht ausgesprochen ist, ist kein Gegenbeweis. Die Quellen haben immer nur den Fall im Auge, wenn der Verkäufer sein Recht der Auflösung ausübt; beim Bestehenbleiben des Vertrags gelten einfach die gewöhnlichen Grundsätze.

48) Vgl. oben bei Anm. 2 und 3.

die Arrha unter Umständen bei der Erfüllung mit eingerechnet wird, also gewissermaßen vorläufige Erfüllung ist, steht dem nicht entgegen, es gilt das lediglich von den Fällen, wo die Arrha blos den Zweck des Beweises, nicht den der Conventionalstrafe hat, oder wo sie zwar Conventionalstrafe für nicht rechtzeitige Erfüllung ist, die Erfüllung aber rechtzeitig erfolgt; man kann also wohl sagen, daß die Arrha dann als ein Theil des Kaufgelds betrachtet wird, nicht aber umgekehrt, daß die Zahlung eines Theils des Kaufgelds als Arrha gilt. Ob der Theil des Kaufgelds gleich nach dem Abschluß des Contracts oder einige Zeit später gezahlt ist, kann einen Unterschied nicht begründen, wenn er nur auch im erstern Falle zur Erfüllung gegeben wird. Die einzige Verschiedenheit ist, daß man im letztern Fall hieran nicht zweifeln wird, — wie es denn in unserem concreten Fall, in welchem der Käufer einige Zeit nach dem Vertragsabschluß auf Anfordern des Verkäufers 100 Thaler abschläglich gezahlt hat, wohl von Niemand in Zweifel gezogen wird —, während im erstern allerdings die Möglichkeit besteht, daß das Gegebene als Arrha gegeben ist. Denn das pretium besteht in Geld, die Arrha kann darin bestehn; wenn nun beim Abschluß des Vertrags Geld gegeben wird, so kann das an sich sowohl als Arrha wie zur Erfüllung gemeint sein. Aber wenn auch provinziell eine Vorauszahlung gleichfalls Angeld genannt wird wie die eigentliche Arrha, so ist doch eine solche Vorauszahlung von der eigentlichen Arrha wohl zu unterscheiden.[49]) Zahlung, wenn man aus einem perfecten Vertrag zur Zahlung verpflichtet ist, ist im Zweifel immer als Erfüllung dieser Verbindlichkeit aufzufassen. Es müßte, wenn das Gegebene allein oder zugleich neben seiner Function der theilweisen Erfüllung als Arrha betrachtet werden sollte, dieser Zweck besonders bezeichnet werden, wenn nicht etwa der hingegebene Gegenstand, weil ein solcher gewöhnlich als Arrha gegeben wird, wie z. B. der annulus,[50]) den Character der Arrha an sich trägt. Wäre es aber geschehen, daß ein Theil des Kaufgelds nicht einfach

49) Schweppe Pand. §. 421. Anm. 6.

50) Cfr. l. 5. §. 15. de instit. act. 14. 3. l. 11. §. 6. de A. E. V. 19. 1. Plinius Lib. XXXIII. c. 1.

zur Erfüllung, ſondern zugleich ausdrücklich als Arrha gegeben worden, wie das in der That in verſchiedenen Quellenbeiſpielen vorkommt[51]), ſo würden natürlich die Grundſätze der Arrha Platz greifen und das Gezahlte dem Käufer verloren gehn.

Wir haben alſo zwei Möglichkeiten, wie der in l. 4. §. 1. h. t. hypothetiſch geſetzte Fall: cum pretium quod numeravit (oder nach Ulpian's Verbeſſerung partem aliquam pretii) perdidit eintreten kann: einmal unzweifelhaft dann, wenn der Verluſt für den Fall der nichtrechtzeitigen Erfüllung ausdrücklich verabredet iſt, und ſodann, wenn das abſchläglich gezahlte Kaufgeld ausdrücklich als Arrha bezeichnet iſt. Ohne dieſe Verabredung und Bezeichnung aber, kraft geſetzlicher Beſtimmung, geht das zur Erfüllung gezahlte Kaufgeld nicht verloren, weder l. 4. §. 1. noch l. 6. pr. h. t. rechtfertigen eine ſolche Behauptung. Es bedarf daher keiner Berufung auf Stellen, die das Gegentheil, das Rückforderungsrecht des Käufers, ausſprechen. Nicht wer das aus allgemeinen Grundſätzen Folgende, ſondern wer das davon Abweichende behauptet, muß beweiſen. Doch kann man ſich zum Ueberfluß noch auf die oben erörterte l. 6. C. de pact. int. emt. ſtützen. Auch kann man noch eine Stelle hierherziehn als Beleg dafür, daß auch die römiſchen Juriſten nicht ohne Verabredung einen Verluſt des theilweis gezahlten Kaufgelds angenommen haben. In l. 13. §. 26. de A. E. V. 19. 1. (vgl. auch fragm. Vatic. §. 11.) heißt es:

> Ibidem Papinianus respondisse se refert: si convenerit, ut ad diem pretio non soluto venditori duplum praestaretur; in fraudem constitutionum videri adiectum, quod usuram legitimam excedit; diversamque causam commissoriae esse ait, cum ea specie, inquit, non foenus illicitum contrahatur, sed lex contractui non improbata dicatur.

Der bloſe Vertrag, das Doppelte des Kaufpreiſes müſſe gezahlt werden, wenn derſelbe nicht bis zu einer beſtimmten Zeit

51) Cfr. z. B. l. ult. h. t.: mulier fundos Caio Seio vendidit et acceptis arrhae nomine certis pecuniis, statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae etc.

entrichtet sei, hat offenbar gerade den Zweck, das Zinsverbot zu umgehen, in fraudem videri adiectum; hier ergiebt sich die fraus ohne Weiteres, es ist Uebernahme der Verbindlichkeit, Zinsen über das gesetzliche Maß zu zahlen. Ganz anders bei der lex commissoria. Hier wird nicht ein foenus illicitum, eine Verbindlichkeit zur Zahlung verbotener Zinsen contrahirt, hier ist nicht die directe und zweifellose Absicht, höhere Zinsen als die erlaubten zu bekommen, sondern die lex enthält eine erlaubte Contractsbedingung: es wird hier für den Fall der Nichtzahlung Auflösung des Vertrags verabredet, das ist offenbar dabei die Hauptsache. Aber doch muß nothwendig eine Aehnlichkeit zwischen dem obigen Fall und der lex commissoria bestehn, sonst wäre das Herbeiziehn und das Entgegenstellen der letztern ohne allen Sinn. Daß ein Vertrag blos des Inhalts „wenn du nicht binnen bestimmter Frist zahlst, soll res inemta sein" nicht unter das Verbot des Zinswuchers fällt, das bedarf natürlich nicht des Ausspruchs eines Papinian und nicht der Berufung Ulpian's darauf; es muß eine solche Aehnlichkeit bestehn, daß Papinian einen Grund hat, darauf aufmerksam zu machen, daß es bei der lex commissoria anders sei. Diese Aehnlichkeit würde nun aber entschieden nicht vorhanden sein, wenn ohne weiteres kraft Rechtssatzes für den Käufer der Verlust des theilweis Gezahlten einträte; auch hier wäre es geradezu lächerlich, vor einer Verwechslung des obigen Falls mit der lex commissoria zu warnen und zu sagen, daß ea specie non foenus illicitum contrahirt werde. Es muß also die Verabredung einer Strafe gemeint sein, nur unter dieser Voraussetzung haben die Worte cum ea specie non foenus illicitum contrahatur, einen Sinn. Ich kann daher die Behauptung von Pugge (Rhein. Mus. III. S. 436 bis 438.), daß es willkürlich sei, hier eine besondere Verabredung unterstellen zu wollen, sowie dessen eigne Interpretation der l. 13. §. 26. cit., nicht als richtig anerkennen.

VI.

Damit ist eigentlich unsere Aufgabe, die auf die Führung dieses Nachweises gerichtet war, beendet. Es bietet aber die

l. 4. §. 1. cit., deren Gewicht für die entgegengesetzte Ansicht oben beseitigt worden ist, in einer andern Beziehung eine Schwierigkeit, die hier wenigstens berührt werden soll. Es entsteht nämlich die Frage: warum behält der Käufer, wenn er einen Theil der Kaufsumme verliert, die gezogenen Früchte, und welches ist das Verhältniß zwischen dem Verlust des Kaufgelds und dem Lucriren der Früchte?

Zunächst die erste Frage. Wenn der Verkäufer existente conditione von seinem Recht der Auflösung Gebrauch macht, muß an sich eine vollständige Wiederherstellung des frühern Zustands erfolgen, der Käufer muß daher nach allgemeinen Grundsätzen außer dem Kaufobject selbst die Früchte restituiren, wie dies auch für den Fall der lex commissoria besonders anerkannt ist. Davon soll nun nach l. 4. §. 1 eine Ausnahme dann stattfinden, wenn der Käufer pretium quod numeravit perdidit. Welches ist der Grund hievon? Da nach dem oben Erörterten dieser Verlust für den Käufer nur dann eintritt, wenn es besonders verabredet ist entweder durch ausdrückliche Bestimmung einer Conventionalstrafe oder doch durch Hingabe als Arrha mit diesem Zweck, so ist eben durch diese Uebereinkunft eine vollständige in integrum restitutio auf Seiten des Käufers ausgeschlossen, während dafür, daß der Verkäufer nicht Alles erhält, was er zu fordern hat, ein solcher Grund nicht vorliegt. In der That stützt sich die Ansicht des Neratius nicht auf einen eigenthümlichen Rechtsgrund, wie sich dies aus den zustimmenden Worten Ulpian's „quae sententia est humana“ ergibt. Man könnte vielleicht eine Begründung für diesen Satz finden wollen, indem man die Worte des Neratius so auffaßt: bisweilen behält der Verkäufer das bereits Gezahlte und der Käufer die gezogenen Früchte, und der Grund für beides ist derselbe, die Verabredung der Contrahenten, wenn sie nämlich eine resolutio ex nunc, die dann einen dies enthalten würde, ausmachen d. h. festsetzen, daß das Verhältniß, wie es sich bis zum Eintritt der Bedingung factisch gestaltet hat, bestehn bleiben und demnach der Verkäufer das bis dahin gezahlte Kaufgeld und der Käufer zwar nicht das Eigenthum am Kaufobject, aber doch die bis dahin gezogenen Früchte be-

halten solle. Abgesehn aber davon, daß das eine höchst sonderbare Verabredung wäre, die kaum so vorkommen wird, paßt dazu der ganze Inhalt der Stelle nicht, insbesondere nicht die Berufung auf die humanitas.

Was die zweite Frage betrifft, so sagen Neratius und Ulpian ganz allgemein, der Käufer, der das Kaufgeld bezüglich einen Theil desselben verliere, lucrire die Früchte. Das ist offenbar einzuschränken, die humana sententia könnte sonst unter Umständen zu einer sehr inhumana werden. Nehmen wir an, der Käufer hat auf ein für 60,000 Thaler gekauftes Gut 20,000 Thaler angezahlt mit der Verabredung, daß die 20,000 Thaler als Conventionalstrafe verfallen sein sollten, wenn der Rest nicht binnen einem halben Jahr bezahlt sei, die Strafe verfällt, er hat in dem halben Jahr für 2000 Thaler Früchte gezogen: da ist es humanum, wenn ihm die Früchte verbleiben. Nehmen wir aber in demselben Falle an, er hat nur 1000 Thaler gezahlt, so würde, wenn man dem Käufer die ganzen 2000 Thaler an Früchten lassen wollten, der Verkäufer, der aus irgend welchen Gründen, vielleicht weil er einsieht, daß er zu wohlfeil verkauft habe, die Auflösung vorzieht, einen entschiedenen, höchst unbilligen Nachtheil erleiden. Wir müssen daher gewiß den allgemein lautenden Satz dahin beschränken: der Käufer behält die Früchte höchstens bis zum Belauf des ihm verloren gehenden Kaufgelds. So sagt auch Lauterbach l. c. §. 10: das Gesetz sei hart, wenn nicht fructus cum pretii parte aequales retinentur. Auch Sintenis[52]) scheint dieser Ansicht zu sein, wenn er sagt: „der Käufer verliert das Geleistete, doch kann er sich deßhalb an die etwa seinerseits herauszugebenden Früchte halten und sich daraus bezahlt machen."

VII.

Wir haben zuletzt blos von dem Fall gehandelt, wenn der Käufer das theilweis gezahlte Kaufgeld verliert. Es bietet aber auch der Fall, wenn der Verkäufer das Angezahlte zurückgeben

52) A. a. O. bei Anm. 31.

muß, Schwierigkeiten. Zwei Fragen sind es hier, deren Beantwortung zweifelhaft und bestritten ist. Hat der Verkäufer außer dem Gezahlten auch die Zinsen davon dem Käufer zu restituiren? Und: wenn eine Sache verkauft worden, die nicht eigentlich fruchttragend ist, sondern blos einen Gebrauch gewährt, hat dann der Käufer eine Vergütung für den Gebrauch der Zwischenzeit zu leisten?

Die erste Frage wird gewöhnlich verneint, „weil weder ein Vertrag noch ein Verzug noch irgend ein andrer besondrer Grund einer gesetzlich anerkannten Billigkeit hier vorhanden sei, welcher den Verkäufer zur Zinsenzahlung verpflichte“ [53]). Allerdings kann hier von einem Vertrag und einer Mora keine Rede sein, aber es macht sich doch gegen diese Ansicht schon das Bedenken geltend, daß ja der Verkäufer die Früchte des Kaufobjects zurückerhält und daß es die Rechtsgleichheit der beiden Parteien erfordert, daß dem Käufer die Früchte, die das Kaufgeld abwirft, restituirt werden. Und nun ist es ja unzweifelhaft, daß Zinsen zu dem Interesse gehören können, welches Jemand zu fordern hat, ohne daß es einer speciellen die Zinspflicht constituirenden Rechtsgeschäfts oder einer Mora bedarf. Würde man bei einer Resolutivbedingung anderer Art, sei es eine casuelle oder eine potestative, zweifeln, daß der Käufer, der die Früchte restituiren muß, die Zinsen von dem Kaufgeld erhielte? Allerdings thut dies Sell [54]) unter Berufung darauf, daß l. 6. C. de pact. inter emt. blos des Kaufgelds, nicht auch der Zinsen gedenke. Wie unbegründet diese Argumentation ist, hat schon Ihering [55]) hervorgehoben. In Bezug auf unsere Frage selbst, soweit sie die Wirkung einer jeden eingetretenen Resolutivbedingung betrifft, bemerkt Ihering: „daß abgesehen von einem entgegenstehenden positiven Zeugnisse die Bejahung jener Frage mehr für sich hat, läßt sich doch wohl kaum in Abrede stellen. Man bedenke zunächst die Rechtsgleichheit beider Parteien. Der Verkäufer bekommt die Sache mit den Früchten

53) Glück XVI. S. 294. u. die das. Anm. 12 Citirten.
54) Ueber bedingte Traditionen §. 40.
55) Recens. in Richter's krit. Jahrb. XI. S. 908.

zurück, soll er die Zinsen behalten? Man bedenke, daß gerade der Zustand hervorgerufen werden soll, ac si nulla emtio contracta fuisset; ohne Verkauf würde aber der Trabent die Zinsen nicht lucrirt haben. Man nehme ein großes Landgut, welches für 200,000 Thaler sub conditione resolutiva verkauft worden ist. Nach 10 oder 20 Jahren tritt die Bedingung ein und jetzt soll der Empfänger die Früchte restituiren, allein die Zinsen, d. h. eine Summe von nahe an resp. weit über 100,000 Thaler einbüßen. Man bedenke ferner, daß die Römer gerade der Rechtsgleichheit wegen bei einem unbedingten Kauf dem Käufer die Verzinsung des Kaufpreises auflegen, weil er die Früchte zieht."[56]) Ich habe schon oben auf die nach den Quellen selbst berechtigte Analogie der actio redhibitoria hingewiesen, von der es in l. 23. §. 1. de aed. ed. 21. 1. heißt: ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur quam haberet, si venditio facta non esset und in l. 60. eod.: omnia in integrum restituantur, perinde ac si neque emtio neque venditio intercessisset, wie das in gleicher Weise auch die l. 23. §. 7. eod. ausspricht. Auch bei der lex commissoria läßt es sich sagen, daß uterque quodammodo in integrum restituitur. Die eigentliche in integrum restitutio unterscheidet sich von einer solchen andern vollständigen Auflösung eines perfect und giltig gewesenen Rechtsgeschäfts im Wesentlichen nur in den Voraussetzungen, nicht in den Wirkungen. Daß aber im Fall einer in integrum restitutio gegen ein Kaufgeschäft, welches von beiden Theilen erfüllt ist, nicht blos der Käufer die Früchte, sondern auch der Verkäufer die Zinsen des Kaufgelds restituiren muß, ist wiederholt ausdrücklich ausgesprochen:

l. 27. §. 1. de minor. 4. 4. — — venditor, qui pretium reddidit, etiam usuras, quas ex ea pecunia percepit aut percipere potuit, reddat et fructus, quibus locupletior factus est iuvenis, recipiat —

56) L. 13. §. 20. de A. E. V. — nam cum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere — also wenn er die Früchte zurückgeben muß, müssen ihm die Zinsen restituirt werden.

l. 47. §. 1. eod. Item quaero: emtor utrum a Seio et Sempronio adolescentibus pretium cum usuris recipere deberet, an vero ab heredibus curatoris? Respondi: heredem quidem curatoris teneri, verum et in Seium et Sempronium pro parte, qua eorum fundus fuit, actiones dandas, utique si ad eos accepta pecunia pro eadem parte pervenisset.

Paulus R. S. I. 9. §. 7. Minor adversus emtorem in integrum restitutus pretio restituto fundum recipere potest; fructus enim in compensationem usurarum penes emtorem remanere placuit.

Endlich liefert die auch von Ihering a. a. O. herbeigezogene Analogie der redhibitoria einen speciellen Beweis, indem es in l. 27. de aed. ed. heißt:

Debet autem recipere pecuniam, quam dedit pro eo homine vel si quid accessionis nomine. Dari autem non id solum accipiemus, quod numeratur venditori, utputa pretium et usuras eius, sed et si quid emtionis causa erogatum est. — Indemnis enim emtor debet discedere.

Und noch specieller gerade mit Motivirung durch die Restitutionspflicht des Käufers hinsichtlich der Früchte heißt es in l. 29. §. 2. eod.:

— — continet condemnatio pretium accessionesque; an et usuras pretii consequatur? quasi quod sua intersit, debeat accipere, maxime quum fructus quoque ipse restituat. Et placet consecuturum.

Es ist also auch ohne besondern Vertrag und ohne Mora für den Verkäufer die Verpflichtung begründet, die Zinsen des Kaufgelds dem Käufer zu restituiren oder Compensation zwischen Früchten und Zinsen eintreten zu lassen. Und es ist kein Grund einzusehen, warum das bei der Auflösung des Kaufs infolge einer lex commissoria anders sein sollte. Manche sind allerdings andrer Ansicht. So sagt Voet[57]): Sed nec pretii usu-

57) L. cit. §. 3.

ras emtori restitui aequum est, quippe quae vel ex conventione vel ex mora praestandae forent, quarum neutra intercessit ex parte venditoris; sed magis emtoris ipsius culpa ac mora dissolutio emtionis secuta est, cui sua non debuit ad usuras persequendas mora proficere. Ut proinde alia hic, quam in addictione in diem, ratio sit, in qua neque per culpam neque per moram emtoris resolvi contractum expeditum est. Der Unterſchied, daß zwar bei andern Reſolutivbedingungen der Käufer Zinſen von dem Kaufgeld erhalte, bei der lex commissoria aber nicht, ſoll alſo darin ſeinen Grund haben, daß hier der Käufer die Schuld an der Auflöſung trage und daß ihm ſeine culpa und mora nicht nützen dürfe. Dieſer Grund iſt ein bloſer Scheingrund, mehr ein moraliſcher, als ein juriſtiſcher. Denn einmal handelt es ſich hier gar nicht um eine eigentliche Mora und um eine Culpa im techniſchen Sinn, ſondern um die bloſe objective Verzögerung, es kann eine völlig inculpata mora ſein, die die Auflöſung herbeiführt, und auf die bloſe Veranlaſſung zur Auflöſung paßt dieſe Argumentation nicht: es würde das ſonſt zu viel beweiſen, indem man dann das Gleiche auch in dem Fall annehmen müßte, wenn der unter einer andern poteſtativen Reſolutivbedingung Berechtigte die Exiſtenz der Bedingung veranlaßte. Und ſodann iſt es ja nicht ein poſitiver Vortheil für den Käufer, daß er die Zinſen des Kaufgelds bekommt, ſondern es iſt nur die Herſtellung des Zuſtands ac si emtio facta non esset; es wäre vielmehr ein Nachtheil für ihn, wenn ihm die Zinſen nicht reſtituirt würden, und eine ſolche Strafe wäre durch nichts motivirt. Man könnte ſich wohl für das Gegentheil noch auf die l. 5. h. t. berufen wollen, wo Ariſto die Verpflichtung des Käufers zur Herausgabe der Früchte dadurch motivirt: quia nihil penes eum residere oportet ex re, in qua fidem fefellisset, indem der gleiche Geſichtspunkt beim Verkäufer hinſichtlich der Zinſen nicht zutrifft. Daß dies aber nicht der eigentliche juriſtiſche Grund der Reſtitutionspflicht des Käufers iſt und darum auch das darauf geſtützte Argument nicht ſchlüſſig iſt, bedarf keiner beſondern Ausführung.

Die Sache liegt also so, daß der Käufer in der That Zinsen von dem gezahlten Kaufgeld fordern kann, nur daß, wenn er seinerseits Früchte von dem Kaufobject zu restituiren hat, zweckmäßig eine Compensation der Zinsen mit den Früchten eintritt (Paulus R. S. l. c.); doch ist dies keine Nothwendigkeit, sondern jeder kann das ihm Gebührende einklagen (l. 27. §. 1. l. 47. §. 1. cit.). Welchen Betrag der Zinsen kann aber der Käufer beanspruchen? Wie l. 27. §. 1. cit. ergiebt, nicht blos die Zinsen, die der Verkäufer wirklich gewonnen hat, sondern die er hätte gewinnen können; und wenn er blos die landüblichen Zinsen fordert, so bedarf es auch nicht eines besondern Beweises, daß letzteres der Fall gewesen, weil „bei entwickeltem Verkehr die zinsbare Benützung des baaren Gelds in solchem Grade üblich und verbreitet ist, daß man als durchschnittliche Regel ohne Bedenken annehmen darf, es könne jede große oder kleine Geldsumme in jedem beliebigen Zeitraum zinsbar benützt werden" (Savigny Syst. VI. S. 133 ff.). Ebenso müssen wir aber auch hinsichtlich der Früchte sagen, daß der Käufer nicht blos die percipirten Früchte zu restituiren hat, sondern auch die fructus percipiendi, obgleich in den Stellen dieses Titels, die von den Früchten sprechen, immer nur von den erstern die Rede ist. Einmal folgt das aus dem wie bei der in integrum restitutio so auch hier Platz greifenden allgemeinen Grundsatz, daß das ganze Interesse dem Verkäufer gewährt werden muß, sodann aber spricht dafür die durchaus zutreffende Analogie dessen, was beim bonae fidei possessor nach der litis contestatio bezüglich nach der Insinuation der Klage gilt. Der sub lege commissoria Kaufende besitzt mit Genehmigung des Eigenthümers und ist sich in jeder Beziehung der Redlichkeit seines Erwerbs bewußt, er ist also gewiß in bona fide. Aber wie der mit der rei vindicatio belangte bonae fidei possessor seit der Insinuation auch für die fructus percipiendi haftet, weil er sich nun sagen muß, daß er möglicherweise doch unterliegen könne und die Sache restituiren müsse, so muß auch hier der gleiche Umfang der Haftpflicht anerkannt werden, denn auch der sub lege commissoria Kaufende muß das Bewußtsein haben, daß er in die Lage kommen

kann, restituiren zu müssen, nämlich dann, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt.

Aus dem bis jetzt Erörterten ergiebt sich auch zum Theil die Beantwortung der zweiten oben aufgeworfenen Frage. War das Kaufobject eine fruchttragende Sache, z. B. ein Grundstück, so müssen die fructus percepti und percipiendi restituirt werden; war es eine Sache, die nicht fructus naturales trägt, aber fructus civiles abwerfen kann, z. B. ein Haus, so müssen die wirklich gezogenen Früchte unzweifelhaft restituirt werden, ebenso dasjenige, was der Käufer etwa dadurch, daß er selbst das Haus bewohnt, gewonnen oder erspart hat, darauf paßt das Wort des Aristo: nihil penes eum residere oportet ex re, in qua fidem fefellit; gleiches kann man wohl aber auch von den fructus percipiendi sagen, nur daß natürlich ein besonderer Nachweis der Perceptionsmöglichkeit geführt werden muß.[58]) Wenn hingegen das Kaufobject lediglich einen

58) Bei solchen Objecten, die einen in Geld schätzbaren Gebrauch gestatten, die aber zu ihrem Unterhalt tägliche Kosten erfordern, also Thieren und Sclaven, würden an sich von den zu restituirenden fructus nur diese Unterhaltungskosten abgehn. Es scheint aber nach l. 30. §. 1. de aed. ed., als ob sich der gemachte Gebrauch und die aufgewandten Unterhaltungskosten ohne weiteres compensiren. Das könnte aber doch sehr unbillig sein, indem, wie das auch regelmäßig der Fall sein wird, der Werth des Gebrauchs ein bei weitem höherer sein kann als der Werth der Naturalverpflegung ist. Auch ist in der That in l. 30. §. 1. cit. das Nichtrestituiren des Gebrauchswerths nicht als durchgreifendes Princip hingestellt, sondern nur als Motiv dafür, daß der Ersatz der Unterhaltungskosten nicht gefordert werden kann: cibaria servo data non esse imputanda, Aristo ait, nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio eius fuerit, also weil wegen des Gebrauchs des Sclaven kein Ersatz gefordert wird, kann auch kein Ersatz der cibaria verlangt werden. Wenn aber der Ersatz des Gebrauchswerths gegen Restitution der Impensen von dem Verkäufer beansprucht wird, so steht der Zulässigkeit dieses Anspruchs wohl nichts entgegen. Es ist nicht die Forderung des Werths, den der Gebrauch der Zwischenzeit gehabt hat, ausgeschlossen, sondern nur die Forderung der mit dem Gebrauch der Sache nothwendig verbundenen Ausgaben zur Unterhaltung derselben, wenn dieser Gebrauch seinem Werth nach nicht zurückgefordert wird, wie hier, oder nicht zurückgefordert werden kann, wie in den Fällen, wo der Gebrauch kraft eines definitiv giltigen Rechtsverhältnisses zusteht; so kann der Commodatar und der Ehemann die den

factischen Gebrauch ohne allen vermögensrechtlichen Nutzen gewährt, wie z. B. ein Schmuck, dann kann für den Gebrauch der Zwischenzeit ein Ersatz nicht gefordert werden.

XVIII.

Zur Lehre von dem Anwachsungsrecht bei dem Nießbrauch.

Von Herrn Dr. **Gustav Adolf Schlayer**,
Privatdocenten in Heidelberg.

Zu den viel und vielfach erklärten Aussprüchen Papinian's, die den Auslegern von jeher Schwierigkeit gemacht haben, gehört

l. 3. §. 2. Dig. quibus modis ususfructus (VII, 4),

worin Ulpianus libro 17 ad Sabinum eine Entscheidung Papinian's über das Anwachsungsrecht bei einem relegirten Nießbrauch oder, was das Gleiche ist, bei der sog. repetitio ususfructus anführt. Nachdem nämlich im Principium der Stelle gesagt ist, daß unter einem repetitus ususfructus ein für den Fall des Verlusts durch capitis deminutio wiederholt vermachter Nießbrauch zu verstehen sei, wird im §. 1 die Frage aufgeworfen, ob im Fall eines solchen Relegats hinsichtlich des Anwachsungsrechts unter den Nießbrauchern Nichts geändert werde. Diese Frage, berichtet Ulpian, habe Papinian mit dem Bemerken bejaht, daß das jus accrescendi hier nicht minder zutreffe, wie wenn dem mit dem Relegat Bedachten anstatt dessen ein Dritter in Absicht auf den ihm kraft des ersten

---

commodirten bezüglich den als Dos gegebenen Sclaven gelieferten Alimente nicht zurückfordern, quia ipse ministeriis eorum utitur, nam cibariorum impensa naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. (l. 28. §. 1. de don. i. v. et u. 24. 1. l. 18. §. 2. commod. 13. 6.)